الفقه الإسلامي وأدلته

الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية
وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها

وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية

« من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين »

تأليف

الدكتور وهبة الزحيلي

الجزء الخامس

تتمة العقود، الملكية وتوابعها

دار الفكر

بسم الله الرحمن الرحيم

الفقه الإسلامي وأدلته

الفصل السّادس

الهِبَة

خطة الموضوع :

بيان الهبة في المباحث الستة الآتية :

المبحث الأول ـ تعريف الهبة ومشروعيتها .
المبحث الثاني ـ ركن الهبة .
المبحث الثالث ـ شروط الهبة .
المبحث الرابع ـ حكم الهبة .
المبحث الخامس ـ موانع الرجوع في الهبة .
المبحث السادس ـ عطية الأبناء .

المبحث الأول ـ تعريف الهبة ومشروعيتها :

الهبة تشمل الهدية والصدقة ؛ لأن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة ، فإن قصد منها طلب التقرب إلى الله تعالى بإعطاء محتاج ، فهي صدقة ، وإن حملت إلى مكان المهدى إليه ، إعظاماً له وتودداً ، فهي هدية ، وإلا فهي هبة . والعطية : الهبة في مرض الموت . والهبة في الاصطلاح الشرعي : عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً[1] ، وعرفها الحنابلة[2] بأنها : تمليك جائز التصرف مالاً

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٩٦ ، المغني : ٥/٥٩١ ، فتح القدير : ٧/١١٣ حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣٠ .

(٢) غاية المنتهى : ٢/٣٢٨ ، كشاف القناع : ٤/٣٢٩ .

معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه[١]، موجوداً، مقدوراً على تسليمه، غير واجب، في الحياة، بلا عوض، بما يعد هبة عرفاً[٢] من لفظ هبة وتمليك ونحوهما. والقيود احتراز عن العارية، ونحو كلب، وحَمْل، ونفقة زوجة، ووصية، ونحو بيع. فكلمة تمليك لإخراج العارية، والمال لإخراج ما ليس بمال كالكلاب، والمقدور على تسليمه لإخراج الحمل، وغير الواجب لإخراج الديون والنفقات، وفي الحياة لإخراج الوصية، وبلا عوض لإخراج عقود المعاوضات.

والهبة مشروعة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾.

وقوله سبحانه: ﴿ وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ... ﴾ الآية. ولقوله ﷺ: «تهادوا تحابوا»[٣]، وقوله عليه السلام: «لا تحقرن جارة أن تهدي لجارتها ولو فرسن شاة»[٤]: أي ظلفها، وهو في الأصل خف البعير، فاستعير للشاة، وقوله أيضاً: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[٥].

---

(١) بأن اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أحدهما الآخر ماله.

(٢) قوله بما يعد هبة: متعلق بتمليك، والباء للسببية.

(٣) أخرجه أصحاب الكتب المشهورة عن أبي هريرة وعبد الله بن عمرو، وعبد الله بن عمر، وعائشة، وروي مرسلاً، فحديث أبي هريرة رواه البخاري في الأدب المفرد وأبو يعلى والنسائي والبيهقي وابن عدي، وقال ابن حجر: «إسناده حسن» وذلك لكثرة شواهده. وإن كان في كل رواته مقال. وحديث ابن عمرو رواه الحاكم. وحديث ابن عمر رواه ابن القاسم الأصبهاني، وحديث عائشة رواه الطبراني في الأوسط. وأما الحديث المرسل: فرواه مالك في الموطأ عن عطاء الخرساني (راجع نصب الراية: ١٢٠/٤، سبل السلام: ٩٢/٣، نيل الأوطار: ٣٤٧/٥، التلخيص الحبير: ص ٢٥٩).

(٤) رواه الشيخان والترمذي عن أبي هريرة (راجع جامع الأصول: ٢٦٢/١٢، التلخيص الحبير: ص ٢٥٩، سبل السلام: ٩٣/٣).

(٥) أخرجه أصحاب الكتب الستة عن ابن عباس ولفظه: «ليس لنا مثل السوء: الذي يعود في هبته كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه» وفي رواية: «كالكلب يقيء، ثم يعود فيه فيأكله» وفي رواية أبي داود: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» قال قتادة: «ولا نعلم القيء إلا حراماً» (راجع جامع الأصول: ٢٦٥/١٢، نصب الراية: ١٢٦/٤).

وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها ، قال الله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ . وهي للأقارب أفضل ؛ لأن فيها صلة الرحم[1] .

واتفق الأئمة على أن الهبة تصح بالإيجاب والقبول والقبض ، وأجمعوا على أن الوفاء بالوعد في الخير مطلوب ، وعلى أن تخصيص بعض الأولاد بالهبة مكروه ، وكذا تفضيل بعضهم على بعض[2] .

المبحث الثاني ـ ركن الهبة :

ركن الهبة عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول قياساً ؛ لأنه عقد كالبيع ، وكذا القبض ركن كما في المبسوط ؛ لأنه لابد منه لثبوت الملك ، بخلاف البيع . واستحساناً عند الكاساني وبعض الحنفية : ليس القبول من الموهوب له ركناً ، وإنما الركن فقط هو الإيجاب من الواهب ؛ لأن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شرط القبول ، وإنما القبول لثبوت حكمها أي الأثر المترتب عليها ، وهو نقل الملكية . وفائدة الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان ، فوهبه منه ، فلم يقبل : يحنث استحساناً ، ولا يحنث قياساً ، وأكثر شراح الحنفية[3] على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده في حق الواهب ، وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له ؛ لأن الهبة عقد تبرع ، فيتم بالمتبرع كالإقرار والوصية ، لكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض ، لكن نصت المادة ٨٣٧ من المجلة على أنه « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم بالقبض » . وأركان الهبة عند الجمهور[4] أربعة : هي الواهب ، والموهوب له ، والموهوب ، والصيغة .

---

(١) المبسوط : ٤٧/١٢ وما بعدها ، والمراجع السابقة قبل تخريج هذه الأحاديث .

(٢) الميزان للشعراني : ٩٩/٢ ، فتح القدير ، المرجع السابق .

(٣) المبسوط : ٥٧/١٢ ، البدائع : ١١٥/٦ ، العناية على تكملة فتح القدير معها : ١١٣/٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٥٣١/٤ ، تكملة ابن عابدين : ٣٢٩/٢ .

(٤) القوانين الفقهية : ص ٣٦٦ ، الدسوقي : ٩٧/٤ وما بعدها .

أما الواهب: فهو المالك إذا كان صحيحاً مالكاً أمر نفسه. فإن وهب المريض ثم مات، كانت هبته في ثلث تركته عند الجمهور. وأما الموهوب له: فهو كل إنسان ويجوز أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي اتفاقاً. وأما هبة جميع ماله لبعض ولده دون بعض أو تفضيل بعضهم على بعض في الهبة، فمكروه عند الجمهور، وإن وقع جاز.

وأما الموهوب: فكل مملوك.

وأما الصيغة: فكل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهدية والهبة والعطية والنحلة، وشبه ذلك.

والإيجاب: إما صريح، مثل: أن يقول الواهب: وهبت هذا الشيء لك، أو ما يجري مجرى الصريح كقوله، ملكته منك، أو جعلته لك أو هو لك، أو أعطيته، أو نحلته، أو أهديته إليك، أو أطعمتك هذا الطعام، أو حملتك على هذه الدابة، ونوى به الهبة؛ لأن تمليك العين للحال أو جعلها له من غير عوض هو معنى الهبة، ولأن بقية الألفاظ تفيد التمليك في الحال في عرف الناس أو في استعمالهم.

هذا في الإيجاب المطلق، أما إذا كان مقروناً بقرينة فهي لا تخلو إما أن تكون القرينة وقتاً، أو شرطاً، أو منفعة[1].

مثال الإيجاب المقترن بقرينة الوقت (العمرى): أن يقول: «أعمرتك هذه الدار، أو جعلت هذه الدار لك عمري[2]، أو عمرك، أو حياتك أو حياتي، فإذا مت أنا فهي رد على ورثتي» فهذا كله هبة، وهي للمعمر له في حياته، ولورثته بعد

---

(١) راجع التفصيل في البدائع: ١١٦/٦ وما بعدها.

(٢) العمرى: ما يجعل للإنسان طول عمره، وإذا مات ترد عليه، بأن يقول الرجل: أعمرتك داري هذه أو عمري، أو مدة حياتك أو ما حييت. فالعمرى نوع من الهبة، مأخوذة من العمر، كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية، فأبطل الشرع ذلك.

وفاتـه ، لصحـة التمليـك ، والتوقيت بـاطل ، لقولـه عليـه الصلاة والسلام : « أمسكوا عليكم أموالكم ، لا تعمروها ، فـإن من أعمر شيئـاً ، فـإنـه لمن أعمره »[1] أي المعمر لـه أو الموهوب له ؛ ولأن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف عقود المعاوضـات المـاليـة ، ومنها البيع فإنها أي المعاوضات تفسد بالشرط الفاسد للنهي عن بيع وشرط .

ومثـال الإيجـاب المقترن بشرط (الرقبى) : أن يقول : « هـذه الـدار لـك رقبى[2] أو حبيسة » فهي عارية في يـده ، ويـأخـذهـا منـه متى شـاء عنـد أبي حنيفـة ومحمد ، واستـدلا بمـا روي عن الرسول ﷺ أنـه أجـاز العمرى وأبطل الرقبى[3] ، ولأن قوله ذلك تعليق للتمليك بـأمر على خطر الوجود وخطر العـدم ، والتمليكات لا تحتمل التعليق بـالخطر الاحتمالي المتردد بين الوجود وعـدم الوجود فلم تصـح هبـة ، وصحت عارية ؛ لأنه دفع الدار إليه ، وأطلق له الانتفاع به ، وهذا معنى العارية .

وقال أبو يوسف والشافعية والحنابلة[4] : إذا قبضها فهي هبـة ، وقولـه : « رقبى ، وحبيسة » بـاطل : ودليلهم مـا روي عن الرسول ﷺ أنـه أجـاز العمرى والرقبى[5] ،

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ وأحمد وأصحاب السنن الأربعة بألفاظ مختلفة عن جابر بن عبد الله ، منها : ما اتفق عليه الشيخان بلفظ : «العمرى لمن وهبت لـه» ومنهـا : ما رواه مسلم وأحمد بلفظ : «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حياً وميتاً ، ولعقبه».
(راجع جامع الأصول : ٩/١١٢ ، نيل الأوطار : ٦/١٣ ، سبل السلام : ٣/٩٣) .

(٢) الرقبى : أن يقول : «إن مت أنا قبلك فهو لـك ، وإن مت أنت قبلي فهو لي» سميت بـذلـك ، لأن كـلاً منهما يترقب ، وينتظر موت الآخر قبل موته .

(٣) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب (راجع نصب الراية : ٤/١٢٨) .

(٤) المغني : ٥/٦٢٤ ، تحفة الطلاب : ص ١٧٢ .

(٥) هذا الحديث ثابت في رواية عن جابر في الحديث السـابق الـذي خرجنـاه بلفـظ : « العمرى جـائزة لأهلهـا ، والرقبى جائزة لأهلها » ويؤيد ذلك أحاديث منها : ما روي عن ابن عمر مرفوعاً عند النسائي وابن مـاجـه : « لا عمرى ولا رقبى ، فمن أعمر شيئاً ، أو أرقبه ، فهو له حياته ومماته » ومنها : ما أخرجـه أبو داود والنسـائي وابن ماجه وأحمد في مسنـده وابن حبـان في صحيحـه عن زيـد بن ثـابت بلفـظ : « من أعمر شيئـاً فهو لمعمره حياته ومماته ، ولا ترقبوا ، فمن أرقب شيئاً فهو سبيله » ومنها : ما روى النسـائي عن ابن عبـاس ، ومـا روى الترمـذي عن سمرة بن جنـدب ، وغير ذلـك (راجع جـامع الأصول : ٩/١١١ ـ ١١٥ ، نصب الرايـة : ٤/١٢٨ ، نيل الأوطار : ٦/١٢ ومابعدها ، سبل السلام : ٣/٩١ ، التلخيص الحبير : ص ٢٦٠) .

ولأن قوله : « داري لك » تمليك العين ، لا تمليك المنفعة ، وقياساً على قوله : « هي عمرى » .

أما المالكية[1] فقد أجازوا العمرى وأبطلوا الرقبى كالحنفية ، وعرفوا العمرى بأنها تمليك منفعة عقار أو غيره لشخص بغير عوض مدة حياته . فإذا مات المعمر له رجع الشيء المعمر لمن أعمره له ، إن كان حياً ، ولورثته إن كان ميتاً .

وأما الرقبى : فهي اتفاق اثنين على أن من مات منهما قبل الآخر يكون ماله للآخر الحي .

والخلاصة : أجاز أكثر العلماء العمرى والرقبى ، على أنهما نوعان من الهبة يفتقران إلى الإيجاب والقبول والقبض ونحوه . ومنع الحنفية والمالكية الرقبى وأجازوا العمرى .

ومثال الإيجاب المقترن بالمنفعة (المنحة) : أن يقول : « هذه الدار لك سكنى » ، أو « هذه الشاة ، أو هذه الأرض لك منحة » فهي عارية باتفاق الحنفية[2] ؛ لأنه لما ذكر « السكنى » دل على أنه أراد تمليك المنافع ، ولأن المنحة عبارة عن بذل المنافع ، فإذا أضاف ذلك إلى عين ينتفع بها مع بقائها ، عمل بحقيقته .

أما إذا أضاف إلى شيء لا ينتفع به إلا باستهلاكه ، كما إذا منحه طعاماً ، أو لبناً ، فإنه يكون هبة ؛ لأنه لا منفعة له مع قيام عينه .

وبناء على هذه التفرقة قالوا : إن عارية الأعيان تمليك المنافع ، وعارية المكيل والموزون ومنها الدراهم والدنانير قرض ، ويكون تمليك العين[3] ، فالعارية : هي عارية استعمال . والقرض : هو عارية استهلاك .

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٩٧/٤ وما بعدها .

(٢) هذا في استعمال الماضين ، وفي عصرنا يراد بالمنحة الهبة تماماً .

(٣) البدائع : ٢١٥/٦ .

وكذا لو قال : « هذه الدار لك سكنى عمرى ، أو عمرى سكنى » فهي عارية ، لأنه لما ذكر السكنى دل على أنه أراد تمليك المنافع ، ولأن قوله : « سكنى » موضوع للمنفعة لا تستعمل إلا لها . وكلمة « عمرى » صفة أو نعت وهي قيد في الموصوف قبلها ، فدل على أنها عارية .

وكذا إذا قال : « هبة سكنى ، أو سكنى هبة » فهي عارية ، لأنه لما ذكر « سكنى » بعد ذكر « الهبة » كان تفسيراً للهبة ، لأن الهبة تحتمل هبة العين ، وهبة المنافع ، فإذا قال : « سكنى » فقد عيَّن هبة المنافع[1] ؛ لأن هذه الكلمة نعت أو صفة لما تقدمها ، والصفة قيد في الموصوف .

وإن قال : « هذه الدار لك عمرى تسكنها ، أو صدقة تسكنها » فهي هبة وصدقة ، لأن في هذا المثال لم يفسر الهبة عن طريق النعت ، وإنما وهب الدار منه ، ثم أشار عليه فيما يعمل بملكه ، والمشورة في ملك الغير باطلة ، فيكون شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[2] ، فتعلقت الهبة بالعين . وأما قوله « تسكنها » فهو بمنزلة قوله « لتسكنها » كما إذا قال : « وهبتها لك لتؤجرها » .

ولو قال : « هي لك هبة تسكنها » كانت هبة أيضاً ، كما في المثال السابق[3] .

المبحث الثالث ـ شروط الهبة :

هناك شروط في الواهب ، وشروط في الموهوب . وقد ذكر الحنابلة[4] أحد عشر شرطاً في الهبة وهي : كونها من جائز التصرف ، مختار جادّ ، بمال يصح بيعه ، بلا

---

(١) المرجع السابق : ٥/ ١١٨ ، فتح القدير : ٧/ ١٢٠ .

(٢) هذا بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الفاسد ، للنهي الوارد فيه ، ولا نهي في الهبة ، وإنما على العكس ورد فيها ما يدل على عدم فسادها بالشرط الفاسد ، لأنه عليه السلام أجاز العمرى ، وأبطل شرط المعمر (انظر البدائع : ٦/ ١١٧ ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٥٣٢) .

(٣) البدائع : ٦/ ١١٨ .

(٤) غاية المنتهى : ٢/ ٣٢٤ ، كشاف القناع : ٤/ ٢٢٩ ، ط مكة .

عوض، لمن يصح تملكه، مع قبوله، أو وليه قبل تشاغل بقاطع، مع تنجيز، وعدم توقيت. وجائز التصرف: هو الحر المكلف الرشيد.

وكون الموهوب مالاً لإخراج الاختصاصات.

شروط الواهب:

يشترط أن يكون الواهب له **أهلية التبرع** بالعقل والبلوغ مع الرشد، وهذا شرط انعقاد؛ لأن الهبة تبرع، فلا تجوز هبة الصبي والمجنون؛ لأنهما لا يملكان التبرع، لكونه ضرراً محضاً، وكذا الأب لا يملك هبة مال الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف؛ لأن ولايته قاصرة على وجوه النفع، والهبة تبرع فيه ضرر محض فلا تجوز منه.

فإن شرط الأب العوض لم يجز أيضاً عند أبي حنيفة، وأبي يوسف؛ لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء أي قبل القبض، ثم تصير بيعاً انتهاء، أي بعد القبض، والأب لا يملك التبرع، وقال محمد: تجوز الهبة من الأب بشرط العوض؛ لأن ذلك في معنى البيع، والعبرة باتفاق المعنى[1].

شروط الموهوب:

يشترط في الموهوب شروط:

١ ـ أن يكون موجوداً وقت الهبة: فلا تنعقد هبة ما ليس بموجود وقت العقد[2] مثل أن يهب ما يثمر نخله في هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة؛ لأنه

---

(١) البدائع، المرجع السابق.

(٢) المبسوط: ١٢/٧١، تكملة فتح القدير: ٧/١٢٤، البدائع: ٦/١١٩، حاشية ابن عابدين: ٤/٥٣٤، الكتاب مع اللباب: ٢/١٧٢، تكملة ابن عابدين: ٢/٣٢٩.

تمليك لمعدوم ، فيكون العقد باطلاً[1] .

ومثل : أن يهب ما في بطن هذه الشاة ، وسلطه على القبض عند الولادة ، فلا ينعقد لاحتمال الوجود والعدم ؛ لأن انتفاخ البطن قد يكون للحمل أو لداء في البطن .

وكذلك لو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم أو زبداً في لبن ، أوَ زيتاً في زيتون : لا يجوز ، وإن سلطه على قبضه عند حدوثه ؛ لأنه معدوم للحال ، والمعدوم ليس بمحل للملك ، فوقع العقد باطلاً ، فلا ينعقد إلا بالتجديد .

أما هبة اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم ، والزرع والنخيل في الأرض ، والتمر في النخيل : فهي كهبة المشاع الآتية تقع فاسدة ، فلو فصل ذلك وسلم إلى الموهوب له ، جاز ؛ لأن الموهوب موجود مملوك للحال ، إلا أنه لم ينفذ لمانع ، وهو كونه مشغولاً بغيره ، فإذا فصل فقد زال المانع ، فتجوز الهبة وتصير صحيحة[2] .

ووافق الشافعية والحنابلة مذهب الحنفية في هذا الشرط ، فقالوا : كل ما صح بيعه صحت هبته . وقال المالكية : تجوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الآبق والبعير الشارد والمجهول والثمرة قبل بدو صلاحها والمغصوب .

٢ ـ أن يكون مالاً متقوماً : فلا تنعقد هبة ما ليس بمال أصلاً كالحر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام وغير ذلك ، ولا تجوز هبة ما ليس بمتقوم كالخمر[3] .

---

(١) قال المالكية : لا تأثير للغرر على صحة الهبة ، فتجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، كالعبد الآبق ، والبعير الشارد والمجهول ، والثمرة قبل بدو الصلاح ، والمغصوب ، وفي الجملة : كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر (بداية المجتهد : ٢ / ٣٢٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٦٧) .

وأما الشافعية والحنابلة فهم كالحنفية في تأثير الغرر عندهم في الهبة كما يؤثر في البيع . (مغني المحتاج : ٢ / ٣٩٩ ، المغني : ٥ / ٥٩٨) .

(٢) البدائع : ٦ / ١١٩ ، والمراجع السابقة في بدء الكلام عن هذا الشرط . ويلاحظ أن هبة اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم حكمها باطل في تحفة الفقهاء والبدائع ، والأصح أن الهبة فاسدة كما في الدر المختار ورد المحتار .

(٣) البدائع : المكان السابق .

٣ ـ **أن يكون مملوكاً في نفسه :** فلا تنعقد هبة المباحات ، وهذه الشروط السابقة كلها شروط انعقاد .

٤ ـ **أن يكون مملوكاً للواهب :** فلا تنفذ هبة مال الغير بغير إذنه ، لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك[١] ، وهذا شرط نفاذ عند الحنفية . وبناء على الشرط الأخير يجوز عند الحنفية هبة المملوك ، سواء أكان عيناً أم ديناً ، فتجوز هبة الدين لمن عليه الدين ؛ لأن ما في الذمة مقدور التسليم والقبض ؛ لأن قبض العين قائم مقام قبض عين ما في الذمة . كما تجوز هبة الدين لغير من عليه الدين إن أذن له صراحة بالقبض ، وقبضه استحساناً ، كما سنوضح في شرط الإذن بالقبض .

٥ ـ **أن يكون محرزاً أي مفرزاً :** فلا تصح عند الحنفية هبة المشاع إذا كان يحتمل القسمة كالدار والبيت الكبير ، وتكون الهبة فاسدة ، فإن قسم المشاع وسلم ، جازت الهبة ، وهذا شرط صحة للهبة .

وتجوز الهبة إذا كان مشاعاً لا يحتمل القسمة ، كالسيارة والحمام ، والبيت الصغير والجوهر . وجواز الهبة للضرورة ، لأنه قد يحتاج إلى هبة بعض ذلك ، ويكتفى بصورة التخلية مقام القبض[٢] . ودليلهم على الحالة الأولى : أن القبض في الهبة شرط كالرهن ، كما سنبين ، والشيوع يمنع من القبض ؛ لأن التصرف في النصف الشائع وحده ، لا يتصور ، فإن سكنى نصف الدار شائعاً محال ، ولا يتمكن من التصرف فيه إلا بالتصرف في الكل ، والعقد لم يتناول كل الدار ، فعدم قسمة الموهوب يمنع صحة القبض وتمامه[٣] .

---

(١) البدائع : المرجع والمكان السابق .

(٢) المبسوط : ١٢/ ٦٤ ، ٧٤ ، البدائع ، المرجع السابق . تكملة فتح القدير : ٧/ ١٢١ وما بعدها ، ١٢٨ ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٥٣٤ .

(٣) الضابط فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها : أن كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصاناً في ماليته : يكون مما لا يحتمل القسمة . وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها (انظر العناية مع تكملة فتح القدير : ٧/ ١٢١ ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٥٣٣) .

وقال **المالكية والشافعية والحنابلة :** إن هبة المشاع جائزة ، كالبيع ، فإن القبض في هبة المشاع يصح كالقبض في المبيع المشاع . وصفة قبضه : أن يسلم الواهب جميع الشيء إلى الموهوب له ، فيستوفي منه حقه ، ويكون نصيب شريكه في يده كالوديعة[١] ، والدليل على ذلك من السنة أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم ، قال رسول الله ﷺ : « ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم »[٢] وهذا هبة المشاع .

وهذا الخلاف يجري في التصدق بالمشاع على الغني ؛ لأن الصدقة عليه هبة . وأما الصدقة بعشرة على مسكينين مثلاً فتجوز ؛ لأن الصدقة تقع من المتصدق لله تعالى ، لا للفقير ، فلا يتحقق الشيوع . ويترتب على قاعدة الحنفية : وهو أنه **لا تجوز الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة** ما يلي[٣] :

الهبة لاثنين :

لو وهب إنسان داراً من رجلين أو مداً من حنطة أو ألف درهم أو نحو ذلك مما يقسم ، فإنه لا يصح عند أبي حنيفة . وعند الصاحبين : يصح ، ويجري الخلاف فيما لو وهب رجل داراً لرجلين وقال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ، ولهذا نصفها » .

ومنشأ الخلاف في ذلك : أن أبا حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض مانعاً من صحة الهبة . وأما الصاحبان : فيعتبران الشيوع عند العقد والقبض معاً هو المانع من صحة الهبة . وبناء عليه : يجوز هبة الاثنين من الواحد بالاتفاق ، لعدم وجود الشيوع عند

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٦٧ ، ط النهضة بفاس ، بداية المجتهد : ٢/٣٢٣ ، حاشية الدسوقي : ٤/٩٧ ، المهذب : ١/٤٤٦ ، المغني : ٥/٥٩٦ .

(٢) انظر قصة وفد هوازن في نيل الأوطار : ٨/٣ .

(٣) البدائع : ٧/١٢١ ، ١٢٢ .

القبض في رأي أبي حنيفة ، ولانعدام الشيوع في الحالين معاً في رأي الصاحبين ؛ لأن الشيوع وجد عند العقد ، ولم يوجد عند القبض .

ولا تجوز هبة الواحد من الاثنين عند أبي حنيفة ، لوجود الشيوع عند القبض ، ويجوز ذلك عند الصاحبين ؛ لأنه لم يوجد الشيوع عند العقد والقبض جميعاً .

ولا تجوز الهبة بالاتفاق إذا قال في هبة الدار : « وهبت لك نصفها ، ولهذا نصفها » لأن الشيوع دخل على نفس العقد ، فمنع الجواز ، بخلاف المثال السابق : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا نصفها ولهذا نصفها » فعند أبي حنيفة : لا يجوز ؛ لأن هذا تمليك مضاف إلى الشائع . وعند الصاحبين : يجوز ، لأن قوله : « لهذا نصفها ، ولهذا نصفها » لا يمكن جعله تفسيراً لنفس العقد ؛ لأن العقد وقع على تمليك الدار جملة منهما ، وإنما هو تفسير للحكم الثابت بالعقد أي أثر العقد ، فلا يوجب ذلك إشاعة في نفس العقد .

ولو قال : « وهبت لكما هذه الدار : لهذا ثلثها ، ولهذا ثلثاها » لم يجز عند أبي يوسف وأبي حنيفة ، وجاز عند محمد . أما أبو حنيفة فكما قال في المثال السابق . وأما محمد فقال كما في المثال السابق أيضاً : إن العقد متى جاز لاثنين يستوي فيه حالة التساوي والتفاضل في الأنصباء كما في البيع . وأما أبو يوسف فقد خالف قاعدته حالة التفاضل في الأنصباء ؛ لأن مطلق العقد لا يحتمل التفاضل ، فكان تفضيل أحد النصيبين في معنى إفراد العقد لكل منهما ، فكان ذلك هبة المشاع ، فيتعذر جعل قوله : « لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها » مفسراً للحكم الثابت بالعقد ، بخلاف حالة التساوي .

والخلاصة : أن الشيوع حالة القبض يمنع صحة الهبة ، أما حالة العقد فلا يمنع صحتها ، وكذا الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة ، وهو كأن يرجع الواهب في نصف الموهوب شائعاً .

٦ - أن يكون الموهوب متميزاً عن غيره ، ليس متصلاً به ، ولا مشغولاً بغير الموهوب : لأن معنى القبض ، وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع شغل الموهوب بغيره[١] وهذا شرط صحة للهبة .

وبناء عليه لو وهب شخص أرضاً فيها زرع للواهب دون الزرع ، أو زرعاً دون الأرض ، أو نخلاً فيها ثمرة للواهب معلقة بها دون الثمرة ، أو ثمرة النخل دون النخل :لايجوز ، وإن قبض الموهوب ، وتكون الهبة فاسدة ، فلو جز الثمر ، وحصد الزرع ، ثم سلمه فارغاً ، جاز؛ لأن المانع من نفاذ حكم العقد وهو ثبوت الملك ، قد زال .

وكذا لو وهب داراً فيها متاع للواهب . أو ظرفاً فيه متاع للواهب دون المتاع ، أو وهب دابة عليها حمل للواهب دون الحمل ، وقبض الموهوب ، فإنه لا تجوز الهبة ، ولا يزول الملك عن الواهب إلى الموهوب له ؛ لأن الموهوب مشغول بغيره ، فيكون بمنزلة هبة المشاع ، وتكون الهبة حينئذ فاسدة ، فلو ميز الموهوب عن غيره ، وسلمه وحده ، جازت الهبة .

والخلاصة : أن هبة المشغول لا تصح بخلاف الشاغل ، وهبة المتصل بغير الهبة اتصال خلْقة مع إمكان الفصل لا تجوز[٢] .

مسألة استثناء ما في البطن :

يتفرع على هذا الشرط السابق ، بمقتضى القياس : أنه لو وهب دابة واستثنى ما في بطنها ، لا يجوز ، لأنه هبة ما هو مشغول بغيره .

---

(١) المبسوط : ١٢/٧٣ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص/١٢٤ ، ١٢٧ ، البدائع : ٦ ص/١٢٥ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص/٥٣٣ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص٣٣٦ .

(٢) الفرائد البهية في القواعد الفقهية : ص٢٠٤ .

وأما استحساناً فقالوا : تجوز الهبـة في الأم والحَمْل جميعـاً ، ويبطل الاستثنـاء . والعقود في هذه المسألة في الجملة ثلاثة أنواع[1] .

١ ـ قسم يفسد فيـه العقـد أي لا يجوز فيـه أصل التصرف : وهو البيع والإجـارة والرهن[2] ، فإذا عقد على الأم ، دون الحَمْل ، بأحد هذه العقود ، فسـد العقـد ، وبطل الاستثناء ؛ لأن الحمل تبع للأم ، فاستثناؤه إخراج لبعض ما اقتضاه العقد ، لأن العقـد ثبت في الأم وولـدهـا ، ففسـد العقـد ، والقـاعـدة المقررة : أن الشرط الفـاسـد في المعاوضات المالية يفسد العقد[3] .

٢ ـ وقسم يصح فيـه العقـد ويبطل الشرط أو الاستثنـاء : وهو النكاح والخلـع ، والصلـح عن دم العمـد ، والهبـة ؛ لأن مـوجب العقـد أن يثبت الحكم في الكل ، وقـد استثني بعض الموجَب ؛ فيكون شرطاً فاسداً ، والقـاعـدة المقررة : أن الشرط الفـاسـد لا يبطل عقود التبرعـات والتوثيقـات والـزواج ، بـل العقـد صحيـح ، والشرط لغـو باطل ، فالهبة إذاً لا تبطل بالشروط الفاسدة .

والأصل في ذلك بالنسبـة للهبـة أنـه ﷺ أجـاز العمرى وأبطل شرط المعمر[4] ،

---

(١) المبسوط : ١٢ ص/٧٢ ، جـ١٣ ص/١٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص/١٣٩ وما بعدهـا ، البـدائع : ٦ ص/١٢٥ ، ورد المحتار : ٤ ص/١١٣ ، مجمع الضمانات : ص٣٣٧ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية : ٢٠٦ .

(٢) اعتبـار الرهن كالبيع في أنـه يبطل بـالشرط الفـاسـد هو بحسب مـا جـاء في البـدائع ، لكن الأصح مـا جـاء في الزيادات : وهو أن الرهن كالهبة ، لا يبطل بـالشرط الفـاسـد ، وإنمـا يصح الرهن ، ويبطل الشرط ، لأنـه عقد تبرع ، لا عقد معارضة .

(٣) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٢٣ .

(٤) المرجع السـابق . وهـذا بمقتضى حـديث جـابر السـابق تخريجـه ، ففي بعض روايـاتـه عنـد أبي داود والنسـائي والترمذي وصححه ، قال : «أيما رجل أعمر رجلا عمرى له ولعقبه ، فقال : قد أعطيتكهـا وعقبـك ، مـا بقي منكم أحد ، فإنها لمن أعطيها ، وإنهـا لا ترجع إلى صـاحبهـا من أجل أنـه أعطى عطـاء وقعت فيـه المواريث» وروى النسائي بمعناه عن عبد الله بن الزبير .

وهي بخلاف البيع ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط[1] .

٣ ـ وقسم يجوز فيه العقد والاستثناء جميعاً : وهو الوصية ، كما إذا أوصى بفرس إلا حَملْها ، صحت الوصية في الفرس ، وبقي الحَمْل لورثة الموصي ؛ لأن الحمل أصل على حدة بالنسبة للوصية ، حتى إنه يجوز إفراده بالوصية ، فيجوز استثناؤه إذاً ؛ لأن عقد الوصية والإيصاء ، كل منهما بطبيعته لا يكون إلا مضافاً لزمن مستقبل ، ولا يثبت الملك في الموصى به إلا بعد وفاة الموصي .

٧ ـ الشرط السابع وهو قبض الموهوب : وهو أهم الشروط ، وهو شرط لزوم وتمام الهبة ، لا شرط صحة ، وركن عند بعض الحنفية وابن عقيل من الحنابلة كما سبق بيانه ، وقد أخرناه إلى هنا ، لكثرة ما يتبعه من أمور . فالقبض في الهبة : أن يكون الموهوب مقبوضاً ، فلا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض بل لا تتحقق الهبة إلا بالقبض ، فبالقبض توجد الهبة ، والقبض مولد لآثار الهبة عند الحنفية .ونتكلم هنا في بيان أصل القبض أنه شرط أم لا عند الفقهاء .

ما نوع شرط القبض ؟

اختلف الفقهاء ، فقال الحنفية والشافعية[2] : القبض : شرط للزوم الهبة ، حتى إنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض ، بدليل ماروت عائشة رضي الله عنها أن أباها نحلها جداد عشرين وَسقاً[3] من ماله ، فلما حضرته الوفاة ، قال : يابنية : إن أحب الناس عندي بعدي لأنت ، وإن أعز الناس علي فقراً بعدي لأنت ، وإني كنت

---

(١) رواه الطبراني في معجمه الوسط عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع وشرط ، ألبيع باطل ، والشرط باطل» (راجع نصب الراية : ٤ ص/١٧) .

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٤/٥٣٣، ٥/٣٤١، مغني المحتاج : ٢/٤٠٠

(٣) الجد : صرام النخل أي أعطاها مالا يجد عشرين وسقا ، أي يحصل من ثمرته ذلك ، والوسق : ستون صاعا أو حمل بعير.

نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي ، ولو كنت جددتيه وأحرزتيه لكان لك ، وإنما هو اليوم مال الوارث ، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله ، قالت : هذان أخواي ، فمن أختاي ، إنما هي أسماء ، فمن الأخرى ؟ قال : ذو بطن بنت خارجة ، فإني أظنها جارية [1] .

فهذا نص في اشتراط القبض للزوم الهبة ، وإن الهبة تملك بالقبض لقوله : « لو كنت جددتيه وأحرزتيه لكان لك » ، وقال عمر رضى الله عنه : ما بال رجال يَنْحَلون أبناءهم نُحلاً ، ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم ، قال : « مالي بيدي ، لم أعطه أحداً ، وإن مات هو قال : هو لابني ، قد كنت أعطيته إياه ، فمن نحل نحلة فلم يَحُزْها الذي نحلها ـ وأبقاها ـ حتى تكون إن مات لورثته ، فهي باطلة » [2] .

وهذا هو قول عثمان وعلي أيضاً [3] ، وفي الجملة فإن الخلفاء الراشدين وغيرهم اتفقوا على أن الهبة لاتجوز إلا مقبوضة محوزة [4] .

وقال الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد : القبض شرط لصحة الهبة في المكيل

---

(١) تتة الأثر: «فولدت جارية ، أخواها عبد الرحمن ومحمد. وبنت خارجة: هي حبيبة بنت خارجة بن زيد ، زوجة أبي بكر، كانت ذلك الوقت حاملاً ، فولدت أم كلثوم» رواه عن عائشة مالك في الموطأ ، ورواه عنه محمد بن الحسن وعبد الرزاق والبيهقي (راجع جامع الأصول: ١٢ ص/٢٦٩ ، تنوير الحوالك شرح الموطأ : ٢ ص/٢٢٣ ، نصب الراية : ٤ ص/١٢٢ ، التلخيص الحبير: ص/٢٦٠ ، نيل الأوطار: ٥ ص/٣٤٩).

(٢) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، الموضع السابق. والنحلة : العطية من غير عوض ، أو الهبة .

(٣) والصدقة على الفقير كالهبة ، بجامع التبرع ، فلا تصح إلا بالقبض لأنها تبرع كالهبة ، لاتجوز في مشاع يحتمل القسمة لأنها كالهبة ، لكن إذا تصدق على فقيرين بشيء يحتمل القسمة ، جاز، لأن المقصود في الصدقة هو الله تعالى ، وهو واحد ، والفقير نائب عنه في القبض. ولا يصح الرجوع في الصدقة ، ولو على غني استحساناً بعد القبض لأن المقصود هو الثواب وقد حصل.

(٤) هذا أثر عن الصحابة ، ورد الزيلعي على من قال: إنه حديث بقوله : غريب ، ورواه عبد الرزاق من قول النخعي قال: «لاتجوز الهبة حتى تقبض ، والصدقة تجوز قبل أن تقبض» (راجع نصب الراية : ٤ ص/١٢١) وراجع المبسوط : ١٢ ص٥٧ ، تكملة فتح القدير: ٧ ص١١٣ وما بعدها ، البدائع : ٦ ص١٢٣ ، المهذب : ١ ص/٤٤٧ مغني المحتاج : ٢ ص/٤٠٠ .

أو الموزون ، لإجماع الصحابة على ذلك ، ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم ، بدليل قول ابن قدامة : إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر الفقهاء .

أما غير المكيل أو الموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد ، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه ، لما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض[1] .

وقال المالكية : لا يشترط القبض لصحة الهبة ، ولا للزوم الهبة ، وإنما هو شرط لتمامها ، أي لكمال فائدتها ، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد أي القول ، على المشهور عندهم . والقبض أو الحيازة لتتم الهبة ، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب . ودليلهم تشبيه الهبة بالبيع وغيره من سائر التمليكات ، ولقول الأصحاب : الهبة جائزة إذا كانت معلومة ، قبضت أو لم تقبض[2] .

والخلاصة : أن غير المالكية يرون أن الموهوب يملك بالقبض لا بالعقد[3] ، وعند المالكية : يملك بالعقد .

٨ ـ يشترط لصحة القبض عند جمهور العلماء : أن يكون بإذن الواهب : فلو قبض بلا إذن لم يملكه ، ودخل في ضمانه ؛ لأن التسليم غير مستحق على الواهب ، فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، ولأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع ، ففي الهبة من باب أولى ؛ لأن القبض فيها شرط لصحتها ، بعكس

---

(١) المغني : ٥ ص ٥٩١ ومابعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص/٣٢٤ ، حاشية الدسوقي : ٤ ص/١٠١ .

(٣) لما روى الحاكم في صحيحه أنه ﷺ « أهدى إلى النجاشي ثلاثين أوقية مسكاً ، ثم قال لأم سلمة : إني لأرى النجاشي قد مات ، ولا أرى الهدية التي قد أهديت له ، إلا تسترد ، فإذا ردت إلي ، فهي لك ، فكان كذلك » ولأن الهبة عقد إرفاق وتبرع كالقرض ، فلا يملك إلا بالقبض .

البيع[1] إلا أن الحنفية قالوا : القياس أن لايجوز قبض الهبة إلا بإذن الواهب ، سواء تم القبض في مجلس العقد أم بعد الافتراق . والاستحسان أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير أمر الواهب ، جاز . وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض .

وجه القياس : أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق ، فلا يصح بدون إذنه .

ووجه الاستحسان : أن القبض في الهبة بمنزلة القبول ؛ لأنه يتوقف عليه ثبوت الملك ، والمقصود من الهبة إثبات الملك ، فيكون الإيجاب من الواهب تسليطاً للموهوب له على القبض ، فكان إذناً دلالة . وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه ، إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذلك ما يلحق به .

وقال المالكية : يصح القبض ولو بلا إذن من الواهب ، ويجبر الواهب على تمكين الموهوب من القبض حيث طلبه ؛ لأن الهبة تملك بالقول أي بالإيجاب ، على المشهور عندهم[2] .

ويترتب على مذهب الحنفية أنه لو وهب إنسان ثوباً ، أو عيناً من الأعيان ، مفرزاً ، مقسوماً ، ولم يأذن له في قبضه ، فقبضه الموهوب له فإن كان بحضرة الواهب : يجوز استحساناً ، والقياس أن لايجوز قبضه بعد الافتراق من المجلس ، وهو قول زفر ؛ لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول في حق إثبات الحكم ، فلا يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس ، كما لايجوز القبول بعد الافتراق .

ووجه الاستحسان : أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة ؛ لأن الإيجاب فيه دلالة الإذن بالقبض .

---

(١) البدائع : ٦ ص ١٢٣ ، الهداية وتكملة فتح القدير: ١١٥/٧ وما بعدها ،مغني المحتاج : ٢ ص/٤٠٠ ، المغني : ٥ ص/٥٩٢ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٤ ص١٠١ .

وأما **في هبة الدين لغير من عليه الدين**، فلابد من الإذن صراحة بالقبض، ولا يكفي الإذن دلالة. وجه الفرق بين هبة العين وهبة الدين: هو أن الإيجاب في هبة العين يدل على الإذن بالقبض دلالة؛ لأن قصده تمليك ما هو ملكه للموهوب له، أما في هبة الدين: فالإيجاب لا يعطي تلك الدلالة؛ لأن الدلالة متوقفة على قصد التمليك، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق إلا بالتصريح بالإذن بالقبض؛ لأنه بالتصريح يقوم قبضه مقام قبض الواهب، فيصير المقبوض ملكاً له أولاً، ثم يصير الموهوب له قابضاً لنفسه من الواهب. وبناء على هذا التقدير: يصير الواهب واهباً ملك نفسه، والموهوب له قابضاً ملك الواهب.

وتجويز هبة الدين لغير من عليه الدين ثابت استحساناً، وصورتها: أن يهب رجل لرجل ديناراً له على رجل، ويأمره بقبضه ويقبضه فعلاً، فيجوز استحساناً؛ لأنه أنابه في القبض مناب نفسه، فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب. وأما قياساً فلا يجوز، وهو قول زفر؛ لأن الدين ليس بمال عند الحنفية، حتى إن حلف لا مال له، وله دين على إنسان: لا يحنث في يمينه. والهبة عقد مشروع لتمليك المال، فإذا أضيف إلى ماليس بمال لا يصلح[1].

نوعا القبض:

قبض الهبة عند الحنفية نوعان: قبض بطريق الأصالة، وقبض بطريق النيابة[2].

أما القبض بطريق الأصالة: فهو أن يقبض بنفسه لنفسه، وشرط جوازه العقل فقط، فلا يجوز قبض الصبي غير المميز والمجنون. وأما البلوغ: فليس بشرط

(١) المبسوط للسرخسي: ١٢/٧٠، البدائع: ٥/١١٩، ١٢٤، حاشية ابن عابدين: ٤/٥٤٤.

(٢) انظر التفصيل في البدائع: ٥/١٢٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/١٢٥ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٤/٥٣٥، الكتاب مع اللباب: ٢/١٧٣.

لصحة القبض استحساناً ، فيجوز قبض الصبي العاقل (أي المميز) ما وهب له .

والقياس وهو رأي غير الحنفية : أن يكون البلوغ شرطاً ؛ لأن القبض من باب الولاية ، ولا ولاية للصبي على نفسه ، فلا يجوز قبضة في الهبة ، كما لا يجوز في البيع .

ووجه الاستحسان : أن قبض الهبة من التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فيملكه الصبي العاقل .

وأما **القبض بطريق النيابة** ، فالنيابة في القبض نوعان :
نوع يرجع إلى القابض ، ونوع يرجع إلى نفس القبض .

أما الأول - فهو القبض للصبي ، وشرط جوازه وجود ولاية أو عيلة أي كون الصبي في حِجْر وعيال شخص أي في رعايته وتربيته عند عدم الولي .

فلو وهب أجنبي للصغير شيئاً ، فيقبض عنه وليه على هذا الترتيب عند الحنفية : الأب ، ثم وصيه ، ثم الجد ، ثم وصيه ، ومن غاب من هؤلاء غيبة منقطعة تنتقل الولاية إلى الأبعد ، كما في ولاية النكاح ؛ لأن التأخير إلى قدوم الغائب يؤدي إلى تفويت المنفعة على الصغير ، فتنتقل الولاية إلى ما يتلوه .

وبناء على ذلك لو وهب أحد هؤلاء الأولياء للصغير شيئاً ، والمال في أيديهم صحت الهبة ، ويصيرون قابضين للصغير ، وكذلك إذا باع الأب ماله من ابنه الصغير ، ثم هلك المبيع عقب البيع ، كان الهلاك على الصغير ؛ لأنه صار قابضاً بقبض الأب .

ولو قبض الصغير العاقل ما وهب له أحد أوليائه المذكورين ، جاز قبضه استحساناً ، والقياس : أن لا يجوز ، كما بينا في القبض بطريق الأصالة .

ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأولياء الأربعة المذكورين مع وجود واحد منهم ، أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه ، كالأخ والعم والأم ؛ لأنه ليس لهم ولاية التصرف في مال الصبي .

فـإن لم يكن أحـد من هـؤلاء الأوليـاء الأربعـة ، جـاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحسـانـاً ، والقيـاس : أن لا يجوز لعـدم الولايـة ، وإنما جـاز ذلـك استحساناً ؛ لأن من هو في عياله ، له عليه نوع ولاية ، إذ أنه يؤدبه ، ويعمل له ما فيه المنفعة ، وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة ، فيكون ذلك من باب الحفظ .

وأما النوع الثاني من النيـابـة : وهو الـذي يرجع إلى نفس القبض فهو أن القبض الموجود بسبب من الأسباب ينوب عن قبض الهبة ، سواء أكان مثل قبض الهبة أم أقوى منه ، وبيانه :

أ ـ إذا كان الموهوب في يد الموهوب له وديعة أو عـاريـة ، فوهب منـه ، جـازت الهبة ، ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحساناً ، والقياس : أن لا يصير قابضاً مالم يجدد القبض ، وهو أن يخلي بين الموهوب لـه وبين الموهوب بعـد العقـد ؛ لأن يـد الوديع هي يـد صـوريـة ، وهي في الحقيقـة والمعنى يـد المـودع ، فكان المـال في يـده فيحتاج إلى تجديد القبض .

ووجـه الاستحسـان : أن قبض الهبـة وقبض الـوديعـة أو العـاريـة متماثـلان في القوة ؛ لأن كل واحد منهما قبض أمانة غير مضمون ، إذ الهبة عقد تبرع ، وكذا الوديعة والعارية ، فتماثل القبضان ، فيقوم أحدهما مقام الآخر .

ب ـ وإذا كان الموهوب في يد الموهوب له مضمونـاً بنفسـه ، كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء[1] ، والمقبـوض ببيـع فـاسـد ، فـوهب منـه : تصـح الهبـة ، ويبرأ عن الضمان ؛ لأن قبض الضمان أقوى من قبض الأمـانـة ، فينوب عنـه ، لوجـود المستحـق بالعقد وهو القبض ، وزيادة ضمان .

---

(١) وهو أن يقبض الإنسـان شيئـاً لينظره أو ليشتريـه ، فـإن بين البـائع للمقبوض ثمنـاً ، كان المقبوض مضموناً على القابض ، بخلاف المقبوض على سوم النظر ، فإنه أمانة . وعلى هذا فالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة عنـد بيـان الثمن ، لا المقبوض على سوم النظر ، فهو ليس بمضمون مطلقـاً (راجع مجمع الضمانـات للبغـدادي : ص٢١٣ ، ٢١٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤/٥٢ وما بعدها ، حاشية الشرقاوي على التحفـة : ٢/١٥٠ ، عقـد البيع للأستـاذ الزرقاء : ص٩٦) .

ج ـ وإذا كان الموهوب في يد الموهوب له مضموناً بغيره، كالمرهون المضمون بالدين، والمبيع المضمون بالثمن، فوهبه مالكه لصاحب اليد: فإنه لا يصير قابضاً بذلك عند الكرخي ما لم يجدد القبض؛ لأن قبض الرهن أو البيع، وإن كان قبض ضمان، لكنه ضمان لاتصح البراءة منه، فلا يحتمل الإبراء بالهبة، ليصير قبض أمانة، وبالتالي يتماثل القبضان، وحينئذ يظل قبض ضمان، فاختلف القبضان، فلا يتناوبان، بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء؛ لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه، فيبرأ عنه بالهبة؛ ويبقى قبضاً بغير ضمان، فتماثل القبضان فيتناوبان.

وفي الجامع الصغير والبدائع، وهو الأرجح: يصير الموهوب له في المضمون بغيره قابضاً؛ لأن قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، والأقوى ينوب عن الأدنى.

المبحث الرابع ـ حكم الهبة:

أصل حكم الهبة: هو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض.

صفة حكم الهبة: قال الحنفية: حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم، فيصح الرجوع والفسخ، لقوله عليه السلام: «الواهب أحق بهبته مالم يُثَبت منها[1]» أي يعوض، فإنه عليه السلام جعل الواهب أحق بهبته مالم يصل إليه العوض، وهذا نص في المراد، فيصح الرجوع ما لم يحصل تعويض، وإن تم القبض، وهناك موانع أخرى من الرجوع سنذكرها. ولكن يكره الرجوع؛ لأنه من باب الدناءة، وللموهوب له أن يمتنع عن الرد. ولا يصح الرجوع إلا بتراض أو بقضاء القاضي؛ لأن

(١) روي من حديث أبي هريرة وابن عباس وابن عمر. فحديث أبي هريرة أخرجه ابن ماجه والدارقطني، وفيه ضعيف. وحديث ابن عباس له طريقان: أحدهما عند الطبراني في معجمه، والثاني عند الدارقطني في سننه، وحديث ابن عمر رواه الحاكم وصححه، كما صححه ابن حزم، وعن الحاكم رواه البيهقي وقال: والصحيح من هذه الرواية عن عمر من قوله (راجع نصب الراية: ١٢٥/٤، التلخيص الحبير: ص٢٦٠ وما بعدها، سبل السلام: ٩٣/٣).

الرجوع فسخ بعد تمام العقد ، فصار كالفسخ بسبب العيب بعـد القبض[1] ، فـالرجوع في الهبة بالتراضي يعد من الإقالة .

وقال المالكية : يثبت الملك في الهبـة بمجرد العقـد ويصبح لازمـاً بـالقبض ، فلا يحل الرجوع بعدئذ ، أمـا قبل القبض فيصح فقـط للواهب الأب أن يرجع فيا وهبـه لابنه ، ما لم يترتب عليـه حق الغير كأن يتزوج مثلاً ، أو يستحـدث دينـاً . والرجوع في الهبة يعرف عندهم بالاعتصار في الهبة[2] .

والاعتصار أو الرجوع في الهبة جائز عند المالكية فيا يهبه الوالد لولـده صغيراً أو كبيراً بشروط خمسة : وهي ألا يتزوج الولد بعد الهبـة ، ولا يحـدث دينـاً لأجل ، وألا يتغير الموهوب عن حـالـه ، وألا يحـدث الموهوب لـه في الموهوب حـدثـاً ، وألا يمرض الواهب أو الموهوب لـه . فـإن وقع شيء من ذلـك يمتنع الرجوع ، هـذا في هبـة التردد والمحبة . أما الهبـة لوجـه الله تعـالى وهي التي تسمى صـدقـة فلا رجوع فيهـا أصلاً ولا اعتصار ، ولا ينبغي للواهب أن يرتجعها بشراء ولا غيره ، وإن كانت شجراً فلا يـأكل من ثمرها ، وإن كانت دابة فلا يركبها إلا أن ترجع إليه بـالميراث ، وأمـا هبـة الثواب على أن يكافئه الموهوب له فهي جائزة عند المالكية ، والموهوب لـه مخير بين قبولهـا أو ردها ، فإن قبلها فيجب أن يكافئـه بقيمـة الموهوب ، ولا يلزمـه الزيـادة عليهـا ، ولا يلزم الواهب قبول ما دونه .

وقـال الشـافعيـة والحنـابلـة : لايحل للواهب أن يرجع في هبتـه ، إلا الوالـد فيا أعطى ولده ، لقوله عليه السلام : « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ، « ليس لنـا مثل السوء : العـائـد في هبتـه ، كالكلب يعـود في قيئـه »[3] وقـال ﷺ : « ليس لأحـد أن

---

(١) البدائع : ٦/١٢٧ ، تكملة فتح القدير : ٧/١٢٩ ، مجمع الضمانات : ص ٣٣٨ .

(٢) حاسية الدسوقي : ٤/١١٠ ، بداية المجتهد : ٢/٣٢٤ ، ٣٢٧ ، المنتقى على الموطـأ : ٦/١١٣ ، ١١٦ ، القوانين الفقهيـة : ص٣٦٧ وط فاس

(٣) تقدم تخريجه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، والرواية الأولى عند النسائي والثانية عنـد أبي داود (راجع سبل السلام : ٣/٩٠) .

يعطي عطية ، فيرجع فيها إلا الوالد ، فيما يعطي ولده »[1] ، وكالوالد : سائر الأصول عند الشافعية[2] .

المبحث الخامس ـ موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية :

نظم بعضهم هذه الموانع وهي سبعة ، فقال :

ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف « دمع خزقه »

الدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين ، والميم للموت ، والعين للعوض ، والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له ، والزاي للزوجية ، والقاف للقرابة ، والهاء للهلاك .

وتفصيل ذلك يعرف مما يأتي :

أولاً ـ العوض المالي : إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً ، وقبضه الواهب ، امتنع على الواهب الرجوع في هبته ، لقوله عليه السلام : « الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب منها » أي يعوض وذلك هو هبة الثواب أي العوض ، ولأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض ، فإذا عوض امتنع الرجوع ، لكن يشترط في المعوض أن يقول شيئاً من الألفاظ يؤذن بالعوض ، أما إذا سكت ولم يقل شيئاً ، جاز الرجوع فيما أعطى .

---

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر وابن عباس عن النبي ﷺ قال : « لايحل لرجل أن يعطي عطية ، أو يهب هبة ثم يرجع فيها ، إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يرجع في عطيته أو هبته كالكلب يأكل فإذا شبع قاء ، ثم عاد فيه » قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان والحاكم عن ابن عباس وصححاه ، ورواه أحمد والطبراني والدارقطني وعبد الرزاق عن طاوس عن النبي ﷺ مرسلاً ، وله طريق آخر عند النسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ : « لا يرجع في هبته إلا الوالد من ولده » (راجع جامع الأصول : ٢٦٦/١٢ ، نصب الراية : ١٢٤/٤ ، سبل السلام : ٩٠/٣ ، التلخيص الحبير : ص ٢٦٠) .

(٢) مغني المحتاج : ٤٠١/٢ ، المهذب : ص ٤٤٧ ، المغني : ٦٢١/٥ .

والعوض نوعان : عوض مشروط في العقد ، وعوض متأخر عن العقد[1] .

أ ـ العوض المشروط في العقد (أو الهبة بشرط العوض أو هبة الثواب) :

إذا قال الواهب : « وهبت لك هذا القلم على أن تعوضني هذا الثوب » فقد اتفق الأئمة الأربعة على صحة هذا الشرط ، والعقد الذي اشتمل عليه ، واختلفوا في تكييف العقد المذكور .

فقال الحنفية ما عدا زفر : يعتبر هذا العقد هبة ابتداء ، بيعاً انتهاءً ، فتطبق عليه أحكام الهبة قبل القبض ، فلا تجوز هبة المشاع ويشترط القبض ، ويجوز الرجوع في السلعتين ، ما لم يتقابضا . وأما بعد التقابض فيعد العقد بمنزلة البيع ، بحيث يرد البدلان بالعيب وعدم الرؤية ، ويرجع في الاستحقاق ، وتجب الشفعة في العقار .

وقال زفر : هو عقد بيع ابتداءً وانتهاءً ، وتثبت فيه أحكام البيع ، فلا يفسد بالشيوع ، ويفيد الملك بنفسه ، بدون اشتراط القبض ؛ لأن معنى البيع موجود في هذا العقد ، إذ البيع تمليك العين بعوض .

واعتمد جمهور الحنفية على أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ، ومعنى البيع ، فيعطى شبه العقدين[2] .

وقال المالكية : يعتبر هذا العقد كالبيع في غالب الأحوال ، ويخالفه في الأقل منها ؛ لأن هبة الثواب تجوز مع جهل عوضها ، وجهل أجله ، وليس للواهب رد

---

(١) انظر التفصيل في المبسوط : ١٢/٧٥ وما بعدها ، البدائع : ٦/١٣٠ ، تكملة فتح القدير : ٧/١٣٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣٩ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٦/١٣٢ .

الثواب المعيب ، وإنما يلزم بقبوله ، ما لم يكن العيب فادحاً كجذام وبرص ، وإلا فلا يلزم الواهب قبوله ، ولو كمل له القيمة[1] .

وقال الشافعية والحنابلة : يعتبر العقد بيعاً على الصحيح ، فيلتزم الموهوب له بدفع العوض المشروط ، وتطبق عليه أحكام البيع من الشفعة والخيار وضمان الدرَك أي ما يدرك المبيع من استحقاق ، ونحو ذلك[2] . والسبب هو أن اشتراط العوض صراحة يبطل الهبة ، لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد .

ب ـ العوض المتأخر عن العقد :

العوض المتأخر عن العقد إما أن يضاف إلى الهبة الأولى مثل : هذا عوض عن هبتك ، أو بدل عنها أو مكانها ، وإما ألا يضاف إليها .

فإذا لم يضف العوض إلى الهبة الأولى ، تكون الهبة الثانية هبة مبتدأة ، ويثبت حق الرجوع في الهبتين .

وأما إذا أضيف العوض إلى الهبة الأولى ، فيكون التعويض المتأخر عن الهبة الأولى هبة مبتدأة بلا خلاف ، تصح بما تصح به الهبة ، وتبطل بما تبطل به الهبة ، ولكن يخالف الهبة المبتدأة في إسقاط الرجوع في الهبة الأولى ، فكان فيه معنى العوض[3] .

ولكن هل الهبة المطلقة عن شرط التعويض عنها تقتضي الإثابة والتعويض ؟

اختلف العلماء : فقال الحنفية ، والحنابلة ، والشافعية في الأرجح عندهم :

---

(1) بداية المجتهد : ٢/٣٢٦ ، حاشية الدسوقي : ٤/١١٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٥٢ .

(2) المهذب : ١/٤٤٧ ، مغني المحتاج : ٢/٤٠٤ . ضمان الدرك : هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه ، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه لأحد . (عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٩٧) .

(3) البدائع : ٦/١٣١ ، المبسوط : ١٢/٧٦ ، ٨٢ .

لا تقتضي ثواباً ، سواء أكانت من الإنسان لمثله ، أم دونه ، أم أعلى منه ، فلا يلزم الموهوب له بالإثابة والتعويض للواهب[١] .

وقال المالكية : الهبة تقتضي الثواب وتحمل على إرادة التعويض إذا اختلف الواهب والموهوب له في ذلك ، وخصوصاً : إذا دلت قرينة الحال على قصد الثواب . مثل : أن يهب الفقير الغني ، أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب . ودليلهم قول عمر رضي الله عنه : ومن وهب هبة أراد بها الثواب ، فهو على هبته يرجع فيها ، إذا لم يرض منها[٢] .

ثانياً ـ العوض من حيث المعنى : وهو ليس بعوض مالي ، وهو ثلاثة أنواع[٣] .

الأول ـ الثواب من الله تعالى : فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها ؛ لأن الهبة إلى الفقير صدقة ، ويطلب بها الثواب ، ولا رجوع في الصدقة .

الثاني ـ صلة الرحم : فلا يصح الرجوع في هبة ذوي الأرحام المحارم ؛ لأن هذه الصلة عوض معنوي ؛ لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا ، فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة ، وسبب الثواب في الدار الآخرة ، فكان ذلك أقوى من المال .

الثالث ـ صلة الزوجية : فلا يصح الرجوع في هبة الزوجين ؛ لأن هذه الصلة تجري مجرى صلة القرابة الكاملة ، بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال .

ثالثاً ـ الزيادة المتصلة في الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل غيره :
هذه الزيادة تمنع الرجوع ، سواء أكانت متولدة أم غير متولدة ، كأن يكون الموهوب داراً ، فبنى الموهوب له فيها بناء ، أو كان أرضاً فغرس فيها أشجاراً ، أو أقام مضخة ماء

---

(١) البدائع : ٦/١٣٢ ، المهذب : ١/٤٤٧ ، مغني المحتاج : ٢/٤٠٤ ، المغني : ٥/٦٢٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/٣٢٦ ، حاشية الدسوقي : ٤/١١٤ ، المنتقى على الموطأ : ٦/١١١ .

(٣) البدائع : ٦/١٣٢ ، تكملة فتح القدير : ٧/١٣٤ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٤١ .

وثبتها في الأرض وبنى عليها ، أو كان الموهوب ثوباً فصبغه بصباغ زادت به قيمته ، أو قطعه قميصاً وخاطه ، أو طرأ سمن وجمال ، فلا يصح الرجوع ؛ لأن الموهوب اختلط بغيره ، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب ، لأنه ليس بموهوب ، وبما أنه لا يمكن الرجوع في الأصل بدون الزيادة ، فامتنع الرجوع أصلاً .

وأما الزيادة المنفصلة : فلا تمنع من الرجوع ، سواء أكانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمر ، أم غير متولدة كالأرش[1] والكسب والغلة ؛ لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد ، فلا يرد عليها الفسخ ، وإنما ورد على الأصل ، ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة ، بخلاف المتصلة ، وبخلاف زوائد المبيع ، فإنها تمنع الرد بالعيب ، حتى لا يحصل هناك ربا ؛ لأنه يترتب على فسخ البيع وردِّ الأصل أن يبقى الولد مثلاً عند المشتري بدون مقابل ، وهذا هو معنى الربا ، ومعنى الربا لا يتصور في الهبة ؛ لأن الربا يختص بالمعاوضات .

وأما نقصان الموهوب فلا يمنع من الرجوع في الهبة ، لأنه ما دام له الحق في الرجوع في كل الموهوب ، فيكون له الرجوع في بعض الموهوب مع بقائه ، فكذا عند نقصانه . ولا يضمن الموهوب له النقصان ؛ لأن قبض الهبة ليس بقبض مضمون[2] .

رابعاً ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب له : بأي سبب كان ، كالبيع أو الهبة ونحوهما ؛ لأن الملك يختلف بهذه التصرفات ، واختلاف الملكين كاختلاف العينين ، فلو وهب عيناً لم يكن له أن يرجع في عين أخرى ، فكذا إذا أوجب ملكاً لم يكن له أن يفسخ ملكاً آخر[3] .

---

(١) الأرش : هو العوض المالي الذي يقدر ويجب على الجاني في غير النفس أو الأعضاء ، وذلك في كل جناية بحسبها كما في الكسر أو الرض .

(٢) راجع المبسوط : ١٢/٨٨ ، البدائع : ٦/١٢٩ ، تكملة فتح القدير : ٧/١٣٢ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٣٨ وما بعدها ، المبسوط : ١٢/٨٣ .

(٣) البدائع : ٦/١٢٨ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥٤١ ، تكملة فتح القدير ، المرجع السابق ، المبسوط : ١٢/٨٤ .

خامساً ـ موت أحد العاقدين : إذا مات الموهوب له امتنع الرجوع ؛ لأن الملك انتقل إلى ورثته ، فصار كما إذا انتقل في حياته . وكذا إذا مات الواهب ؛ لأن الملك ينتقل إلى وارثه ، وهو أجنبي ، لم تحدث منه الهبة[1] .

سادساً ـ هلاك الموهوب أو استهلاكه : لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته ؛ لأنها ليست بموهوبة ، لعدم ورود العقد عليها ، وقبض الهبة غير مضمون[2] .

ماهية الرجوع : لا خلاف في أن الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ . واختلف العلماء في الرجوع فيها بالتراضي ، فقال جمهور الحنفية : إنه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء ، فيجوز في المشاع ، ولا يشترط لصحته القبض .

وقال زفر : إنه هبة مبتدأة ؛ لأن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما ، فصار يشبه الرد بالعيب ، فيعتبر عقداً جديداً بالنسبة لشخص ثالث غير المتعاقدين .

واستدل جمهور الحنفية بأن الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه ، واستيفاء الحق لا يتوقف على قضاء القاضي ، بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي : إنه يعتبر بيعاً جديداً في حق شخص ثالث (أي غير المتعاقدين) ، لأنه لا حق للمشتري في الفسخ ، وإنما حقه في كون المبيع سالماً من العيوب ، فإذا لم يسلم اختل رضاه[3] .

---

(١) تكملة فتح القدير ، المرجع السابق ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٣٩ .

(٢) البدائع : ٦ / ١٢٨ ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٤٢ .

(٣) البدائع : ٦ / ١٣٤ .

المبحث السادس ـ عطية الأولاد :

لا خلاف بين جمهور العلماء في استحباب التسوية في العطاء بين الأولاد ، وكراهة التفضيل بينهم في حال الصحة كما قدمنا ، واختلفوا في بيان المراد من التسوية المستحبة .

فقال أبو يوسف من الحنفية ، والمالكية والشافعية وهو رأي الجمهور : يستحب للأب أن يسوي بين الأولاد ـ الذكور والإناث ـ في العطية ، فتعطى الأنثى مثلما يعطى الذكر ؛ لقوله ﷺ : « سووا بين أولادكم في العطية ، ولو كنت مؤثراً لآثرت النساء على الرجال »[1] رواه سعيد بن منصور في سننه والبيهقي بإسناد حسن ، وفي رواية للبخاري : « اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم »[2] ، ولأن العدل في القسمة والمعاملة مطلوب[3] ، وقد حملوا الأمر في هذه الأحاديث على الندب .

وقال الحنابلة ، ومحمد من الحنفية : للأب أن يقسم بين أولاده على حسب قسمة الله تعالى في الميراث ، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ لأن الله تعالى قسم بينهم كذلك ، وأولى ما اقتدي به : هو قسمة الله ، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية ، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين كحالة الموت ، والميراث المترتب عليه .

---

(١) ورواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « سووا بين أولادكم في العطية ، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » وفي إسناده سعيد بن يوسف ، وهو ضعيف ، وذكر ابن عدي في الكامل أنه لم يرو له أنكر من هذا (راجع التلخيص الحبير : ص ٢٦٠ ، مجمع الزوائد : ٤/١٥٣) .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ وأبو داود والترمذي والنسائي عن النعمان بن بشير قال : « تصدق علي أبي ببعض ماله ، فقالت أمي ـ عمرة بنت رواحة ـ : لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ ، فانطلق أبي إلى النبي ليشهده على صدقتي ، فقال له رسول الله ﷺ : أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا . قال : اتقوا الله واعدلوا في أولادكم ؟ فرجع أبي ، فرد تلك الصدقة » وله روايات أخرى (راجع جامع الأصول : ١٢/٢٦٦ وما بعدها ، التلخيص الحبير : ص ٢٦٠ ، سبل السلام : ٣/٨٩) .

(٣) تحفة الفقهاء : ٣/٢٧٤ ، الطبعة القديمة ، الميزان : ٢/١٠٠ ، المهذب : ١/٤٤٦ . مغني المحتاج : ٢/٤٠١ .

يدل لهذا أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت ، فينبغي أن تكون على حسبه[1] .

أما عن **حكم التسوية في العطية :** فقال جمهور العلماء[2] : لا تجب التسوية بل تندب ، فإن فضل بعض الورثة صح وكره ، وحملوا الأمر بالتسوية في الأحاديث على الندب ، وكذلك حملوا النهي الثابت في رواية لمسلم بلفظ «أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء ؟ قال : بلى ، قال : فلا إذن » على التنزيه ، فالعدل : هو التسوية بين الأولاد .

وقال جماعة (وهم أحمد والثوري وطاوس وإسحق وآخرون) : تجب التسوية بين الأولاد في العطية أو الهبة ، وتبطل العطية مع عدم المساواة ، عملاً بظاهر الأمر في الأحاديث ، الذي يقتضي الوجوب مثل قوله عليه السلام : « اتقوا الله » وقوله : « اعدلوا بين أولادكم »[3] وقوله : « فلا إذن » وقوله في حالة إعطاء بعض دون بعض : « لا أشهد على جور» .

واختلف هؤلاء في كيفية التسوية ، فقيل بأن تكون عطية الذكر والأنثى سواء وهو ظاهر رواية عند النسائي : « ألا سويت بينهم » وعند ابن حبان : « سووا بينهم » وحديث ابن عباس : « سووا بين أولادكم في العطية ، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » .

وقال الحنابلة : بل التسوية أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين على حسب التوريث .

وروي عن أحمد : أنه يجوز التفاضل إن كان له سبب ، كأن يحتاج الولد

---

(١) المغني : ٥/٦٠٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٦٧ ، ط فاس ، غاية المنتهى : ٢/٣٣٥ .

(٢) نيل الأوطار : ٦/٧ ، سبل السلام : ٣/٨٩ ، كشاف القناع : ٤/٣٤٢ـ٣٤٥ .

(٣) وهذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن النعمان بن بشير (نيل الأوطار : ٦/٦) .

لزمانته المرضية أو لعمى ، أو لقضاء دينه ، أو كثرة عـائلتـه ، أو للاشتغـال بـالعلم ، أو نحو ذلك دون الباقين[1] .

(١) أصدرت لجنة الفتوى بالأزهر جواباً عن سؤال حول إمكان التمييز بين الورثة ، وتضمنت الفتوى ما يلي :
أولاً ـ يجب على الوالدين التسوية بين الأولاد في العطية والهدايا والإنفاق ، ما استطـاعـا إلى ذلـك سبيلاً ، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا لمبرر يأتي ، عملاً بالأحاديث السابقة الآمرة بالتسوية .
ثانياً ـ إذا أنفق أحد الوالدين على أحد الأولاد نفقة ذات قيمة بأن زوجه ودفع لـه مهر الزوجـة ، أو أنفق على تعليمه بما أوصله إلى وظيفة ذات غناء ، أو جهز إحدى بناته ، كان عليه أن يعوض سائر ولـده الآخرين بمقـدار ما أنفقه على ولده الأول .
ثـالثـاً ـ يجـوز تفضيـل بعض الأولاد على بعض لمبرر شرعي ، ومن المبررات الشرعيـة : العـاهـات المـانعـة من التكسب كالزمـانـة ، والعمى المانع ، والشلل ، وكـذلـك العجز عن التكسب ، والاشتغـال بـالعلم الـديني (مجلة الأزهر ـ العدد الثالث من السنة الرابعة عشرة) .

الفصل السّابع

الإيداع

خطة الموضوع :

نتكلم عن عقد الإيداع في المباحث الخمسة الآتية :

المبحث الأول ـ تعريف الإيداع ومشروعيته .

المبحث الثاني ـ ركن الإيداع وشرائطه .

المبحث الثالث ـ حكم عقد الإيداع ، وطريقة حفظ الوديعة .

المبحث الرابع ـ حال الوديعة : هل يد الوديع يد أمانة أم يد ضمان

المبحث الخامس ـ حالات ضمان الوديعة .

المبحث الأول ـ تعريف الإيداع ومشروعيته :

الودع في اللغة : الترك ، والوديعة لغة : الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ . وشرعاً : تطلق على الإيداع ، وعلى العين المودعة ، والراجح أنها عقد إلا أن الأصح أن يقال : الإيداع عقد ، لا الوديعة عقد ؛ لأن الأرجح أنها عقد . وتعريف الإيداع عند جماعة من شراح الحنفية : هو تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة[1] مثل قول المودع لغيره : أودعتك[2] ، فيقبل الآخر ويتم الإيداع صراحة

---

(١) تكملة فتح القدير : ٨٨/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥١٥/٤ ، مجمع الضمانات : ص٦٨ .

(٢) أودعتك الشيء من الأضداد ، تطلق على : جعلته عندك وديعة ، وقبلته منك وديعة

عندئذ، أو كأن يجيء رجل بثوب إلى رجل ويضعه بين يديه، ويقول: هذا وديعة عندك، ويسكت الآخر، فيصير مودعاً دلالة.

وعرفه الشافعية والمالكية بقولهم: توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص، على وجه مخصوص[1]، فيصح إيداع الخمر المحترمة[2]، وجلد ميتة يطهر بالدباغ، وزبل وكلب معلم للصيد. أما غير المختص كالكلب الذي لا يقتنى، والثوب الذي طيرته الريح ونحوه، فهذا لا اختصاص فيه؛ لأنه مال ضائع مغاير لحكم الوديعة.

ويقال لدافع الوديعة: مودع - بكسر الدال - ولآخذها: مودع - بفتح الدال - ووديع.

والإيداع مشروع ومندوب إليه لقوله سبحانه: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ وقوله تعالى: ﴿فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ وقال ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[3]، وأجمع العلماء في كل عصر من العصور الإسلامية على جواز الايداع والاستيداع، ولأن بالناس حاجة، بل ضرورة إلى الإيداع[4].

---

(١) مغني المحتاج: ٣/ ٧٩، قليوبي وعميرة: ٣/ ١٨٠ شرح التحرير: ص١٦٧، نهاية المحتاج: ٥ ص٨٧، حاشية الشرقاوي: ٢/ ٩٦ وما بعدها، حاشية الدسوقي: ٣/ ٤١٩.

(٢) الخمر المحترمة: هي التي يملكها امرؤ أسلم وكانت عنده، أو ورثها منه وارثه.

(٣) رواه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن، وأخرجه أيضاً الحاكم وصححه، واستنكره أبو حاتم الرازي وأخرجه جماعة من الحفاظ، فرواه البيهقي ومالك والدارقطني، وأحمد وأبو نعيم من طرق مطعون فيها. وفي موضوعه عن أبي بن كعب عند ابن الجوزي والدارقطني، وعن أبي امامة عند البيهقي والطبراني، وفيهما ضعيف، وعن أنس عند الدارقطني والطبراني والبيهقي،، وأبي نعيم، وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبي داود والبيهقي وفي إسناده مجهول آخر غير الصحابي، قال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت. قال في نيل الأوطار: ولا يخفى أن وروده بهذه الطرق المعتبرة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضاً للاحتجاج به. (راجع التلخيص الحبير: ص ٢٧٠، نيل الأوطار: ٥/ ٢٩٧، سبل السلام: ٣/ ٦٨).

(٤) المراجع السابقة، المغني لابن قدامة: ٦/ ٣٨٢، المبسوط: ١١/ ١٠٩.

المبحث الثاني ـ ركن الإيداع وشرائطه :

ركن الإيداع عند الحنفية هو الإيجاب والقبول . وهو أن يقول لغيره : أودعتك هذا ، أو احفظ هذا الشيء لي ، أو خذ هذا الشيء وديعة عندك ، ونحو ذلك ويقبله الآخر[1] .

وأركانه عند الجمهور أربعة[2] : عاقدان (مودع ووديع) ، ووديعة (الشيء المودع) وصيغة (إيجاب وقبول) والقبول إما أن يكون لفظاً مثل : قبلت ، أو دلالة كمن يضع ماله عند شخص فيسكت ، فيكون السكوت قائماً مقام القبول كالمعاطاة في البيع .

شرائط الركن :

يشترط عند الحنفية في العاقدين : العقل ، فلا يصح الإيداع من الصبي الذي لا يعقل ، والمجنون ، كما لا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل ، ولا يشترط البلوغ ، فيصح الإيداع من الصبي المأذون في التجارة ؛ لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر ، كما يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون ؛ لأنه من أهل الحفظ . وأما الصبي المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه ؛ لأنه لا يحفظ المال عادة[3] .

ويشترط عند الجمهور في الإيداع ما يشترط في الوكالة من البلوغ والعقل والرشد .

ويشترط في الوديعة : أن يكون المال قابلاً لإثبات اليد عليه ، فلو أودع الآبق أو الطير في الهواء أو المال الساقط في البحر : لم يضمن[4] .

---

(١) البدائع : ٦ / ٢٠٧ ، مجمع الضمانات : ص ٦٨ .

(٢) الشرح الكبير : ٣ / ٤١٩ ، مغني المحتاج : ٣ / ٨٠ ، كشاف القناع : ٤ / ١٨٦ ، غاية المنتهى : ٢ / ٢٦٩ . قال الشافعية : الأصح أنه لا يشترط في الوديع القبول لفظاً ، ويكفي القبض للوديعة ، كما في الوكالة بل أولى ، عقاراً كانت أو منقولاً .

(٣) البدائع : المرجع السابق .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥١٦ .

المبحث الثالث ـ حكم عقد الإيداع وطريق حفظ الوديعة :

حكم عقد الإيداع : لزوم الحفظ للمالك ؛ لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ وائتمان ، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ ، فيلزمه الحفظ ، لقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم »[1] .

إيداع رجلين من رجل : لو أودع رجلان عند رجل وديعة ، وغابا ثم حضر أحدهما وطلب نصيبه ، فليس له أن يدفع إليه حصته ، حتى يحضر الآخر ، وقال الصاحبان : للوديع أن يقسم الوديعة ، ويدفع إلى أحد المودعين نصيبه ، ولا يكون ذلك قسمة على الغائب ، حتى إنه لو هلك النصف الباقي في يد الوديع ، كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض .

دليلهما : أن أحد المودعين طالب الوديع بدفع نصيبه ، فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك .

واستدل لأبي حنيفة : بأنه لا نسلم أن أحد المودعين طالب بتسليم نصيبه ، بل بدفع نصيب الغائب ؛ لأنه يطالب بالنصيب المفرز ، وحقه ليس فيه ، وإنما في المشاع ، وهو كل الوديعة ، والمفرز المعين منها يشتمل على الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للوديع ولاية القسمة ؛ لأنه ليس بوكيل في ذلك ، بخلاف الدين المشترك ؛ لأن الشريك يطالب المدين بتسليم حقه أي بقضاء حقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بين الدائنين ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال

---

(١) هذا جانب من حديث : « الصلح جائز بين المسلمين » الذي روي عن أبي هريرة وعمرو بن عوف . فحديث أبي هريرة أخرجه أبو داود قال : قال رسول الله ﷺ : « الصلح جائز » إلخ . ورواه ابن حبان والحاكم . وحديث عمرو بن عوف أخرجه الترمذي وصححه وابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » زاد الترمذي « والمسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » وقال : حديث صحيح . ورواه بتمامه الحاكم في المستدرك ، وسكت عنه (راجع نصب الراية : ٤/١١٢ ، سبل السلام : ٣/٥٩) .

المـديون ليس بمشترك بين الـدائنين ، فلا يكون هـذا تصرفـاً في حق الغير ، بل يكون المدين متصرفاً في مال نفسه ، فيجوز[1] .

إيداع رجل من رجلين : لو أودع رجل عنـد رجلين وديعـة مما يقسم ، فلهما أن يقسماه ، ويأخذ كل واحد نصفه للحفظ ؛ لأن المالك رضي بحفظهما ، ولم يرض بحفظ أحدهما لكل الوديعة .

ولو دفع أحدهما الوديعة كلها إلى صاحبه ، ضمن النصف عند أبي حنيفة ؛ لانه رضي بحفظهما ، لا بحفظ أحدهما ؛ لأن الأصل أن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل التجزئة ، تناول البعض ، فإذا سلم أحدهما الكل إلى الآخر ، ولم يرض المالك به ، ضمن .

وقال الصاحبان : لا يضمن ؛ لأنه رضي بأمانتهما ، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ، ولا يضمنه ، كما هو الشأن فيما لا يقسم .

واتفقوا على أن الوديعة إذا كانت لا تقسم ، لا تضمن ؛ لأنه لا يمكن حفظها إلا في مكان واحد ، فكان المالك راضياً بحفظ أحدهما لعلمه أنهما لا يجتمعان عليه أبداً[2] .

طريقة حفظ الوديعة : اختلف العلماء في طريقة حفظ الوديعة ، فقال الحنفية والحنابلة : على الوديع أن يحفظ الوديعة ، كما يحفظ به ماله في حرز مثله ، وذلك بيده أو بيد من هو في عياله[3] ممن تلزمه نفقته ، كامرأته وولده وغلامه وخادمه ؛ لأن حفظها بهؤلاء مثلما يحفظ به ماله ، فأشبه مالو حفظها بنفسه .

وله عند الحنفية أن يحفظ الوديعة أيضاً بيد من ليس في عياله ، ممن يحفظ عنده

---

(١) تكملة فتح القدير : ٧/ ٩٤ وما بعدها ، المبسوط : ١١/ ١٢٣ ، مجمع الضمانات : ص ٧٨ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧/ ٩٦ ، مجمع الضمانات : ص ٧٨ ، الكتاب مع اللباب : ٢/ ١٩٩ .

(٣) وهو الذي يسكن معه ويمونه ، فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته ، كائناً من كان ، قريباً أم أجنبياً كولده وامرأته ، وخادمه ، وأجيره .

ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان ، لا المستأجر مياومة[1] . فإن حفظ الوديع الوديعة عند غير هؤلاء فتلفت ، ضمنها ؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة إلا أن يقع في دار الوديع حريق ، فيسلمها إلى جاره أو يكون الوديع في سفينة وهاجت الريح وصار بحيث يخاف الغرق ، فيلقيها إلى سفينة أخرى ، فله ذلك لأنه إجراء تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة ، فيرتضيها المالك . ولا يصدق الوديع على ذلك إلا ببينة ؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق سبب الضمان .

وقال المالكية : للوديع حفظها عند عياله الذين يأمنهم كالزوجة والابن والأجير الذين اعتيد حفظ ماله عندهم بأن طالت إقامتهم عنده ، ووثق بهم بالتجربة ، بخلاف مالم يعتادوا ذلك كالزوجة إثر تزوجه بها ، والأجير إثر استئجاره[2] .

وقال الشافعية : على الوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه ، ولا يجوز حفظها عند زوجته أو ولده بلا إذن من المودع ، أو إذا لم يكن هناك عذر بذلك ؛ لأن المودع لم يرض بأمانة غير هذا الوديع لا بيد غيره . فإن خالف الوديع طريق الحفظ ضمن ، إلا إذا كان الايداع لعذر كمرض أو سفر ، فإنه لا يضمن[3] .

المبحث الرابع ـ حال الوديعة : هل هي أمانة أم مضمونة :

اتفق علماء المذاهب على أن الوديعة قربة مندوب إليها ، وأن في حفظها ثواباً ، وأنها أمانة محضة ، لا مضمونة ، وأن الضمان لا يجب على الوديع إلا بالتعدي أو

---

(١) المبسوط : ١١ / ١٠٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ / ٨٩ ، مجمع الضمانات : ص ٧٧ ، البدائع : ٦ / ٢٠٧ ، المغني : ٦ / ٣٨٥ ، الكتاب مع اللباب : ٢ / ١٩٧ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣ / ٤٢٣ ، بداية المجتهد : ٢ / ٣٠٧ .

(٣) مغني المحتاج : ٣ / ٨١ ، المهذب : ٢ / ٣٦١ .

التقصير، لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس على المستودع غير المغل ضمان[1]» وقوله «لا ضمان على مؤتمن[2]» واشتراط الضمان على الأمين باطل، وهو المفتى به عند الحنفية.

ويترتب عليه أنه يجب ردها عند طلب المالك مع الإمكان، لقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾.

فإذا طالب المالك الوديع بها، فقال: «ما أودعتني شيئاً» ثم قال بعدئذ: ضاعت، فيضمن، لخروجه عن حد الأمانة، وإذا قال: ما تستحق عندي شيئاً، ثم قال: ضاعت، كان القول قوله بيمينه. ويترتب عليه أنه يجب أداء الوديعة إلى نفس المالك؛ لأن الله تعالى أمر بأداء الأمانات إلى أهلها، فلو ردها إلى منزل المالك، من غير حضرته، أو دفعها إلى من هو في عيال المالك يضمن؛ لأنه لم يرض بيد عياله حيث أودع عند غيرهم. بخلاف العارية والإجارة: لو رد المستعار أو العين المؤجرة إلى بيت المالك أو إلى من في عياله: لا يضمن، لعادة الناس الجارية في رد المستعار ونحوه، حتى لو كانت العارية شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحوه، يضمن، لعدم جريان العادة به.

ويترتب عليه أيضاً أن القول قول الوديع في التلف والرد على الإطلاق مع يمينه على التفصيل الآتي[3]:

---

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيها عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان» المغل: الخائن. قال الحافظ ابن حجر: وفي إسناده ضعيفان. قال الدارقطني: وإنما يروى هذا من قول شريح غير مرفوع. ورواه من طريق أخرى ضعيفة بلفظ «لا ضمان على مؤتمن» (راجع نصب الراية: ١١٥/٤، التلخيص الحبير: ص٢٧٠، نيل الأوطار: ٢٩٦/٥).

(٢) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفي إسناده ضعف (نيل الأوطار: ٢٩٦/٥)

(٣) البدائع: ٢١٠/٦، تكملة فتح القدير: ٨٩/٧، الكتاب مع اللباب: ١٩٦/٢، مجمع الضمانات: ص٦٨، ٨٧، ٨٩، حاشية ابن عابدين: ٥١٦/٤، مغني المحتاج: ٨١/٣، قليوبي وعميرة: ١٨٢/٣، المغني: ٣٨٢/٦.

تعارض الادعاءات والبينات :

إذا اختلف المودع مع الوديع ، فقال الوديع : هلكت الوديعة عندي أو « رددتها إليك » وأنكر المودع ، وقال : « لا ، بل أتلفتها » فالقول قول الوديع ، لأنه أمين في الحفظ ، ولكن مع اليمين ، كما بينا .

فإن أقام المودع البينة على الإتلاف : يضمن الوديع ، وكذا إذا استحلف الوديع على الإتلاف ، فنكل . فلو أقام المودع البينة على أن الوديع أتلفها ، وأقام الوديع البينة على أنها هلكت بنفسها ، فبينة المودع أولى ؛ لأنها أكثر إثباتاً ؛ لأن فيها إثبات الهلاك وزيادة عليه وهو التعدي . فإذا أقام الوديع البينة على إقرار المودع أنها هلكت ، تقبل بينته ، ويكون هذا الإثبات تكذيباً لبينة المودع .

المبحث الخامس ـ حالات ضمان الوديعة :

يتغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان بحالات ، هي[1] :

١ ـ **ترك الوديع الحفظ** : لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها حتى هلكت ، يضمن بدلها بطريق الكفالة ، فلو رأى انساناً يسرق الوديعة ، وهو قادر على منعه ضمن ، لترك الحفظ الملتزم بالعقد .

٢ ـ ايداع الوديع عند من ليس في عياله ، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة :

إذا أخرج الوديع الوديعة من يده ، وأودعها عند غيره بغير عذر ، يصير ضامناً ؛ لأن المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول ، دون حفظ غيره إلا إذا كان هناك عذر فلا يضمن ، كأن وقع في داره حريق ، أو كان في سفينة فخاف الغرق ، فدفعها إلى غيره ؛

(١) البدائع : ٢١١/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٩١/٧ وما بعدها ، المبسوط : ١١٣/١١ ، مجمع الضمانات : ص ٦٨ .

لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ، فكان الدفع بإذن المالك دلالة[1].

وإذا أودعها عند شخص آخر بغير عذر، فهلكت أو ضاعت وهي في يد الثاني، فالضمان على الأول، لا على المودع الثاني عند أبي حنيفة والحنابلة[2]؛ لأن الثاني محسن إلى المالك بصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك، والله سبحانه يقول: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ وأما المودع الأول فهو مخصوص عن النص.

وقال الصاحبان: المالك بالخيار، إن شاء ضمن الأول، وإن شاء ضمن الثاني، فإن ضمن الأول، لا يرجع بالضمان على الثاني؛ لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول؛ لأن الأول غره بالإيداع، فيلزمه ضمان الغرور. وسبب التخيير هو أنه وجد من كل منهما سبب لوجوب الضمان فيخير المالك. أما الأول: فلأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه، وأما الثاني: فلأنه قبض مال الغير بغير إذنه.

وأما إذا استهلك المودع الثاني الوديعة، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالاتفاق، غير أنه إن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول؛ لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك، ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني على طريق الاستحفاظ[3].

والقاعدة عند جمهور الحنفية: أن الوديعة إذا صارت مضمونة، ثم أزيل سبب الضمان، كأن يسترد الوديع الأول من المودع الثاني الوديعة، ويحفظها بنفسه أو نحو ذلك مما سيأتي، فإنه يبرأ عن الضمان؛ لأنه في عودته لحالته الأولى يعتبر وديعاً،

---

(١) البدائع: ٢٠٨/٦، تكملة فتح القدير: ٩١/٧، المبسوط: ١٢٥/١١، ١٣٢، حاشية ابن عابدين: ٥١٦/٤.

(٢) القواعد لابن رجب: ص٢١٧.

(٣) المراجع السابقة عند الحنفية.

والوديع إذا هلكت الوديعة بدون سبب منه لا ضمان عليه[1] . هذا بخلاف المستأجر والمستعير، إذا خالفا ، ثم تركا الخلاف بقي الضمان .

والقاعدة عند زفر والشافعي وبقية الأئمة أن الوديعة متى صارت مضمونة بانتفاع وغيره مما سيأتي ، ثم ترك الوديع الخيانة ، لم يبرأ من الضمان ؛ لأن الوديعة لما صارت مضمونة ، فقد ارتفع العقد ، لتغير طبيعته ، فلا يعود إلا بالتجديد ، ولم يوجد ، فصار كما لو جحد الوديعة ، ثم أقر بها[2] .

٣ ـ استعمال الوديعة : إذا انتفع الوديع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب ، فإنه يصير ضامناً ، فإن ترك الاستعمال ، فقال جمهور الحنفية كما عرفنا من قاعدتهم : لاضمان عليه ؛ لأنه ممسك لها بإذن مالكها ، فأشبه ما قبل الاستعمال[3] .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إذا تلفت الوديعة بعد استعمالها يضمنها ، ولو كان التلف بسبب سماوي ؛ لأنه بالتعدي في الاستعمال قد ارتفع حكم الوديعة وبطل الاستئمان ، فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها ، فلا يبرأ من الضمان إلا بالرد على المالك ، كما قررنا[4] .

٤ ـ السفر بالوديعة : قال أبو حنيفة : للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمنا ، ولم ينهه صاحب الوديعة ، بأن كان العقد مطلقاً ؛ لأن الأمر بحفظ الوديعة صدر مطلقاً عن تعيين المكان ، فلا يجوز التعيين إلا بدليل ، وعلى هذا فلو سافر فتلفت الوديعة لا يضمن .

---

(١) البدائع : ٦/ ٢١٢ ، تكلمة فتح القدير : ٧/ ٩٢ ، مجمع الضمانات : ص٧٣ ، ٧٦ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٣/ ٩٠ .

(٣) البدائع : ٦/ ٢١١ ، المبسوط : ١١/ ١٢٣ .

(٤) مغني المحتاج ، المرجع السابق : ٣/ ٨٨ ، المهذب : ١/ ٣٦٢ ، حاشية الدسوقي : ٤/ ٤٢٠ ، ٤٢٧ ، القوانين الفقهية : ص٣٧٤ ، المغني : ٦/ ٤٠١ .

وقال الصاحبان : إن كان للوديعة حمل ومؤنـة ، لا يملـك المسـافرة بهـا ؛ لأن في المسافرة بما له حمل ومؤنة ضرراً بـالمـالـك ، لجواز أن يموت الوديع في السفر ، فيحتـاج المالك إلى الاسترداد من موضع يكلفه حِمْلاً ومؤنة عظيمة ، فيتضرر به ، بخلاف مـا إذا لم يكن لها حمل ومؤنة[١] .

وقال المالكية : ليس للوديع أن يسافر بالوديعة ، إلا أن تعطى له في سفر ، فإذا أراد السفر ، فله إيداعها عند ثقة مؤتمن من أهل البلد ، ولا ضمان عليه ، سواء قدر على دفعها إلى الحاكم ، أو لم يقدر[٢] .

وقال الشافعية والحنابلة : ليس للوديع المسافرة بالوديعة ، فإن أراد السفر ردها إلى صاحبها أو وكيله إن قدر على الرد ، فإن لم يقدر ، كأن لم يجد صـاحبهـا سلمهـا إلى الحاكم ؛ لأنه متبرع بإمساكها ، فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صـاحبهـا عنـد غيبته ، فإن سافر بها ضمن ؛ لأنه عرضها للضياع ، والحرز في السفر دون حرز الحضر ، سواء أكان الطريق آمناً أم مخوفاً[٣] ، وقال عليه السلام « إن المسـافر ومـالـه لعلى قَلَت إلا ما وقى الله » أي على خطر الهلاك[٤] .

٥ ـ جحود الوديعة : إذا طلب المودع الوديعة فجحدهـا الوديع ، أو حبسهـا

---

(١) البـدائـع : ٦/٢٠٩ ، تكملـة فتـح القـديـر : ٧/٩٣ ، حـاشيـة ابن عـابـدين : ٤/٥٢١ ، المبسـوط : ١١/١٢٢ ، مجمـع الضمانات : ص ٦٩ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/٣٠٧ ، حاشية الدسوقي : ٣/٤٢١ ، ٤٢٣ .

(٣) مغني المحتاج : ٣/٨٢ وما بعدها ، المهذب : ١/٣٦١ ، القاموس المحيط : ١/١٨٣ .

(٤) رواه السلفي في أخبـار أبي العلاء المعري عن أبي هريرة ، قـال : قـال رسول الله ﷺ : « لو علم النـاس رحمـة الله بـالمسـافر ، لأصبح النـاس وهم على سفر ، إن المسـافر ورحلـه على قلت إلا مـا وقى الله » قـال الخليل : والقلت : الهلاك . قال ابن حجر : وكـذا أسنـده أبو منصور الـديلمي في مسنـد الفردوس من هـذا الوجـه من غير طريق المعري . وكذا ذكره القاضي النهرواني في كتاب الجليس والأنيس بعد أن ذكره مرفوعـاً عن النبي ﷺ ، لكنـه لم يسق له إسناداً . وقد أنكره النووي في شرح المهذب ، فقال : ليس هـذا خبراً عن النبي ﷺ ، وإنمـا هو من كلام بعض السلف ، قيـل : إنـه علي بن أبي طـالب (راجـع التلخيص الحبير : ص ٢٧١ ، كشف الخفـا للعجلـوني : ص ٢٥٥) .

عنه وهو يقدر على تسليمها ضمن ؛ لأنه لما طالبه بالرد ، فقد عزله عن الحفظ ، فيكون بعدئذ بالإمساك غاصباً مانعاً ، فيضمنها إذا أقام المودع البينة على الإيداع أو نكل الوديع عن اليمين أو أقر به . فإن جحد ثم عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد .

ولو جحد الوديعة ثم أقام الوديع البينة على هلاكها فثلاثة أوجه : إن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته ؛ لأن العقد ارتفع بالجحود ، أو عنده ، فيضمن . وإن أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ، ولا ضمان عليه ؛ لأن الهلاك قبل الجحود يؤدي إلى انتهاء العقد .

ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ، ولا بينة له ، وطلب اليمين من المودع حلفه القاضي « بالله تعالى ما يعلم أنها هلكت قبل جحوده » فإن حلف ، يقضى بالضمان ، وإن نكل ، يقضى بالبراءة[1] .

٦ ـ **خلط الوديعة بغيرها** : إذا خلط الوديع الوديعة بمال نفسه فإن كان يمكن التمييز بينهما ، لا شيء عليه ويميز . وإن كان لا يمكن التمييز ، يضمن المثل عند أبي حنيفة ؛ لأن الخلط إتلاف للوديعة من حيث المعنى .

وكذلك إذا كانت وديعتان كدراهم مثلاً ، فخلط إحداهما بالأخرى ، يضمن مثلها لكل منهما عنده .

وكذا في سائر المكيلات والموزونات إذا خلط الجنس بالجنس خلطاً لا يتميز ، كالحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، أو بغير جنسه كخلط الحنطة بالشعير ، يضمن عند أبي حنيفة لكل واحد مثل حقه ، دليله : أنه لما خلطهما خلطاً لا يتميز ، فقد عجز

---

(١) المبسوط : ١١/ ١١٦ وما بعدها ، البدائع : ٦/ ٢١٢ ، تكملة فتح القدير : ٧/ ٩٣ ، مجمع الضمانات : ص ٨٤ وما بعدها .

كل منهما عن الانتفاع بالمخلوط ، فكان الخلط منه إتلافاً للوديعة لكل واحد منهما فيضمن .

وقال الصاحبان في كل ما سبق : المالك بالخيار إن شاء ضمن الوديع مثل حقه ، وإن شاء أخذ نصف المخلوط أو باعه المالكان وقبضا الثمن ، دليلهما : أن الوديعة قائمة بعينها ، لكن عجز المالك عن الوصول إليها بعارض الخلط[1] .

ولو مات الوديع ولم يبين الوديعة ، فإن كانت معروفة وهي قائمة ، ترد إلى صاحبها ؛ لأن هذا عين ماله و « من وجد عين ماله ، فهو أحق به » على لسان الرسول ﷺ[2] ، وإن لم تعرف بعينها ، يضمن ، وتكون ديناً في تركته لأنه لما مات مجهلاً الوديعة فقد أتلفها معنى . وعلى هذا فالأمانات تصبح مضمونة **بالموت عن تجهيل** إلا في ثلاثة أحوال :

١ ـ إذا مات ناظر الوقف مجهلاً غلات الوقف .
٢ ـ إذا مات القاضي مجهلاً أموال اليتامى عند من أودعها أو عنده .
٣ ـ إذا مات الحاكم ولم يبين عند من أودع بعض الغنائم الحربية ، ونحو ذلك[3] .

والأئمة الآخرون قالوا مثل قول أبي حنيفة : إذا تعذر التمييز بين الوديعة وغيرها أو تعسر كخلط الدراهم بالدراهم ، والدهن بالدهن ، والزيت بالزيت ، والسمن بغيره ، سواء خلطها بمثلها ، أو دونها أو أجود منها ، من جنسها ، أو من غير جنسها ، فيضمنها الوديع ؛ لأن المودع لم يرض بذلك . إلا أن المالكية قالوا : إذا كان الخلط

---

(١) المبسوط : ١١/١١٠ ، تكملة فتح القدير : ٧/٩٢ ، البدائع : ٦/٢١٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤/٥١٩ ، مجمع الضمانات : ص ٨٣ وما بعدها ، ٨٧ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ، ويتبع البيِّع من باعه » وفي لفظ : « إذا سرق من الرجل متاع ، أو ضاع منه ، فوجده بيد رجل بعينه فهو أحق به ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن » رواه أحمد وابن ماجه (راجع نيل الأوطار : ٥/٢٤٠) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٢/٦٧ ، فتح القدير : ٥/٢٧ .

بالمثل كخلط الحنطة بمثلها، والدنانير بمثلها، فلا يضمن الوديع، إذا كان الخلط بقصد الإحراز والحفظ والرفق، وإلا ضمن.

وأما إذا لم يتعذر التمييز بين الوديعة وغيرها، كخلط الدراهم بالدنانير أو الجيد بالرديء، فإن الوديع لا يضمن شيئاً، إلا إذا حدث بالخلط نقص في القيمة، فيضمن عند الشافعية والحنابلة[1].

٧ـ مخالفة شرط المودع في حفظ الوديعة: إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر بدون عذر، فقال الحنفية وغيرهم من الأئمة:

إذا نقلها إلى حرز دون الحرز السابق في الحفظ يضمن، وإن نقلها إلى مكان مماثل للحرز السابق، أو أحرز منه، فلا يضمن.

أما إذا أمره بحفظ الوديعة في مكان، ونهاه عن حفظها في مكان آخر، كأن قال له: احفظها في هذه الدار، ولا تحفظها في دار أخرى.

فقال الحنفية والمالكية والشافعية: إذا نقلها إلى الدار الأخرى، وكانت مماثلة للدار الأولى في الحرز، أو أحرز منها، فلا يضمن؛ لأن التقييد غير مفيد[2]، فإن نقلها من بلد إلى بلد ضمنها عند المالكية.

وقال الحنابلة في الأرجح عندهم: يضمن سواء نقلها إلى مثل المكان أو دونه أو فوقه، لأنه خالف صاحب الوديعة لغير فائدة ولا مصلحة، ولا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه المكان من غير ضرورة. ولكن إن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها، فإن تركها فتلفت ضمنها؛ لأن نهي صاحبها عن نقلها إنما كان لحفظها،

---

(١) حاشية الدسوقي: ٣/٤٢٠، مغني المحتاج: ٣/٨٩، المهذب: ١/٣٦١، المغني: ٦/٣٨٣، ٣٨٧.

(٢) المبسوط: ١١/١٢١، تكملة فتح القدير: ٧/٩٧، مجمع الضمانات: ص ٦٩ وما بعدها، البدائع: ٦/٢١٠، حاشية الدسوقي: ٣/٤٢٣، حاشية الشرقاوي: ٢/٩٩، المهذب: ١/٣٥٩ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣/٨٤ـ ٨٦.

وحفظها ههنا في نقلها ، فأشبه ما لو لم ينهه عن نقلها[1] .

وإذا قال صاحب الوديعة للوديع : « لا تسلمها إلى زوجتك » فسلمها إليها وهلكت ، لم يضمن عند الحنفية ؛ لأنه لا يجد بداً من التسليم ، فإنه إذا خرج ، كان البيت وما فيه مسلماً إليها ، فلا يمكنه الحفظ مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيداً[2] .

وبه يتبين أن أسباب ضمان الوديعة عند المالكية[3] ستة هي :

١ ـ إيداع الوديعة عند غير الوديع لغير عذر ، حتى ولو استردها بعدئذ فضاعت .

٢ ـ نقل الوديعة من بلد إلى بلد ، بخلاف نقلها من منزل إلى منزل .

٣ ـ خلط الوديعة بما لا يتميز عنها مما هو غير مماثل لها كخلط القمح بالشعير ، فإن خلطها بما تنفصل عنه ، لم يضمن .

٤ ـ الانتفاع بالوديعة ، فلو لبس الثوب أو ركب الدابة فهلكت في حال الانتفاع ، ضمن ، وكذا إن تسلف الدنانير والدراهم أو ما يكال أو يوزن ، فهلك في تصرفه فيه .

٥ ـ التضييع والإتلاف بأن يلقيه في مضيعة أو يدل عليها سارقاً .

٦ ـ المخالفة في كيفية الحفظ ، مثل أن يأمره ألا يقفل عليها ، فقفل ، فإنه يضمن .
وكذلك قال الشافعية[4] قريباً من مذهب المالكية : إن أسباب الضمان ستة :

---

(١) المغني : ٦ / ٣٨٧ وما بعدها .

(٢) الكتاب مع اللباب : ٢ / ٢٠٠ .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٧٤ .

(٤) تحفة الطلاب : ص ١٦٧ .

١ ـ إيداع الوديعة عند غيره بلا إذن ولا عذر له .

٢ ـ وضعها في غير حرز مثلها .

٣ ـ نقلها إلى دون حرز مثلها .

٤ ـ إهمال حفظها الواجب عليه بالتزامه ، كما لو ترك علف دابة فماتت .

٥ ـ العدول عن الحفظ المأمور به مع تلفها بذلك .

٦ ـ الانتفاع بها ، كما لو لبس الثوب أو ركب الدابة لغير غرض المالك ، فإنه يضمن لتعديه ، كما يضمن كل أنواع التعدي عليها . ومتى صارت مضمونة بانتفاع أو غيره ، ثم ترك الخيانة ، لم يبرأ إلا أن يحدث المالك له استئماناً .

وقال الحنابلة[1] : تضمن الوديعة بما يلي :

١ ـ إيداعها عند غيره بلا عذر .

٢ ـ إهمال حفظها أو دلالة لص عليها .

٣ ـ المخالفة في كيفية الحفظ المتفق عليه ولو أنه حرز مثلها .

٤ ـ خلطها بغيرها خلطاً لا يتميز .

٥ ـ الانتفاع بها . ومتى خان لا تعود وديعة بغير عقد متجدد .

أحكام فرعية للوديعة : ذكر ابن جزي المالكي طائفة من أحكام الفروع الفقهية في الوديعة هي ما يأتي[2] :

أولاً ـ الاتجار بالوديعة : من اتجر بمال الوديعة ، فالربح له حلال . وقال أبو حنيفة : الربح صدقة . وقال قوم : الربح لصاحب المال .

ثانياً ـ سلف الوديعة : من أقرض الوديعة ، فإن كانت عيناً كره ، وأجازه أشهب إن كان له وفاء بها ، وإن كانت عروضاً لم يجز ، وإن كانت مما يكال أو يوزن

---

(١) غاية المنتهى : ٢/٢٦٩ ـ ٢٧٢ ، الإفصاح : ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٧٤ وما بعدها .

كالطعام ، ففيه قولان مفرعان على موضوع : هل يلحق الطعام بالنقد أو بالعروض ؟

ثالثاً - الاختلاف في الوديعة : إذا طولب الوديع بالوديعة ، فادعى التلف ، فالقول قوله مع يمينه ، وكذلك إذا ادعى الرد ، إلا أن يكون قبضها ببينة ، فلا يقبل قوله في الرد إلا ببينة . وقال ابن القاسم وأبو حنيفة والشافعي : إن القول قوله وإن قبضها ببينة .

رابعاً - طلب الأجرة على حفظ الوديعة : إذا طلب الوديع أجرة على حفظ الوديعة ، لم يكن له ذلك ، إلا أن تكون مما يشغل منزله ، فله كراؤه . وإن احتاجت إلى غلق أو قفل فهو على صاحبها .

خامساً - الجحود المماثل لوديعة أخرى : إذا أودع شخص وديعة عند آخر ، فخانه وجحده ، ثم إن المودع استودع الوديع الأول مثلها ، فهل له أن يجحده فيها ؟ المشهور عند المالكية المنع ، وقيل : بالكراهة ، وقيل بالإباحة .

الفصل الثامن

الإعارة

خطة الموضوع :

الكلام في عقد الإعارة يشتمل على المباحث الأربعة التالية :

المبحث الأول ـ تعريف الإعارة ومشروعيتها .

المبحث الثاني ـ ركن الإعارة وشرائطها .

المبحث الثالث ـ حكم عقد الإعارة .

المبحث الرابع ـ حال العارية ، هل هي مضمونة أم أمانة .

المبحث الأول ـ تعريف الإعارة ومشروعيتها :

العارية : بتشديد الياء ، وقد تخفف ، والأول أفصح وأشهر . وهي اسم لما يعار ، أو لعقد العارية : مأخوذة من عار إذا ذهب وجاء ، وقيل : من التعاور أي التداول أو التناوب . وقال الجوهري : كأنها منسوبة إلى العار ؛ لأن طلبها عار وعيب ، واعترض عليه بأنه ﷺ فعلها ، ولو كانت عاراً وعيباً ما فعلها[1] .

وعرف السرخسي والمالكية الإعارة بأنها : تمليك المنفعة بغير عوض . سميت إعارة : لتعريها عن العوض[2] . وعرفها الشافعية والحنابلة[3] بأنها إباحة المنفعة بلا

---

(١) مغني المحتاج : ٢٦٣/٢ ، تكملة فتح القدير : ٩٩/٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٤/٤ .

(٢) المبسوط : ١٣٣/١١ ، القوانين الفقهية : ٣٧٣/ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٦٤/٢ ، كشاف القناع : ٦٧/٤ .

عوض . فهي تختلف عن الهبة بأنها واردة على المنافع ، أما الهبة فترد على عين المال ، والفرق بين التعريفين أن الأول يفيد التمليك ، فللمستعير إعارة الشيء لغيره ، والثاني يفيد الإباحة ، فليس له إعارة الشيء لغيره ، أو إجارته .

والإعارة قربة مندوب إليها ، لقوله تعالى : ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ، وفسر جمهور المفسرين قوله تعالى : ﴿ ويمنعون الماعون ﴾ بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض ، كالدلو والفأس والإبرة ، ونحوها[1] . وفي الصحيحين أنه صلى الله ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة فركبه[2] . وفي رواية لأبي داود بإسناد جيد أنه ﷺ استعار درعاً من صفوان بن أمية يوم حنين ، فقال : أغصباً يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة[3] .

المبحث الثاني ـ ركن الإعارة وشرائطها :

ركن الإعارة عند الحنفية : هو الايجاب من المعير . وأما القبول من المستعير فليس بركن عند جمهور الحنفية استحساناً . والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر كما

---

(١) مغني المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٣٩٢/١ وما بعدها ، المغني : ٢٠٣/٥ .

(٢) رواه أحمد والشيخان عن أنس بن مالك ، قال : « كان فزع بالمدينة ، فاستعار النبي ﷺ فرساً من أبي طلحة يقال له : المندوب فركبه ، فلما رجع قال : ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً » أي ماوجدناه إلا بحراً أي واسع الجري (راجع نيل الأوطار : ٢٩٩/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود والنسائي وأحمد وصححه الحاكم عن صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعا ، فقال أغصباً يامحمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ، قال : فضاع بعضها ، فعرض عليه النبي ﷺ أن يضمنها له ، فقال : أنا اليوم في الإسلام أرغب . وله شاهد صحيح عن ابن عباس ولفظه : « بل عارية مؤداة » وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن اسحاق بن عبد الواحد وهو متروك الحديث ، وأخرجه الحاكم أيضاً من حديث جابر ، وذكر أنها مائة درع وما يصلحها . وفي رواية أبي داود أن الأدراع كانت مابين الثلاثين إلى الأربعين . وللحديث طريق أخرى مرسلة في السنن عند أبي داود والنسائي (راجع جامع الأصول : ١٠٩/٩ ، نصب الراية : ١١٦/٤ ، التلخيص الحبير : ص٢٥٢ ، نيل الأوطار : ٢٩٩/٥ ، سبل السلام : ٦٩/٣) والفرق بين لفظي « مضمونة » و « مؤداة » هو أن المضمونة : هي التي تضمن إن تلفت بالقيمة ، والمؤداة : هي التي تجب تأديتها مع بقاء عينها فإن تلفت لم تضمن بالقيمة .

في الهبة ، حتى إن من حلف : لا يعير فلاناً ، فأعاره ، ولم يقبل ، يحنث عند جمهور الحنفية ، ولا يحنث عنده ، كما سبق في الهبة .

والإيجاب : أن يقول : أعرتك هذا الشيء ، أو منحتك هذا الثوب ، أو هذه الدار ، أو أطعمتك هذه الأرض ، فلفظ الإعارة صريح فيها ، والمنحة : هي العطية التي ينتفع الإنسان بها زماناً ، ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية . والإطعام المضاف إلى الأرض : هو إطعام منافعها التي تحصل منها بالزراعة من غير عوض عرفاً وعادة ، وهو معنى العارية(١) .

واشترط الشافعية في الأصح عندهم وجود لفظ من المعير أو المستعير في صيغة العقد : مثل أعرتك أو أعرني ؛ لأن الانتفاع بمال الغير يعتمد إذنه(٢) .

وأركان الإعارة عند الجمهور(٣) أربعة : المعير والمستعير والمعار ، والصيغة وهي كل ما يدل على هبة المنفعة من قول أو فعل .

شروط الإعارة :

يشترط عند الفقهاء ما يأتي :

١ً - كون المعير عاقلاً ، فلا تصح الإعارة من المجنون والصبي غير العاقل . ولا يشترط البلوغ عند الحنفية ، ويشترط عند غيرهم كون المعير أهلاً للتبرع مختاراً ؛ لأن العارية تبرع بإباحة المنفعة ، فلا تصح ممن لا يصح تبرعه كصبي وسفيه ومفلس ، ولا من مستكره(٤) .

٢ً - القبض من المستعير : لأن الإعارة عقد تبرع ، فلا يثبت حكم العارية بدون القبض كالهبة .

---

(١) البدائع : ٢١٤/٦ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٦٦/٢ .

(٣) القوانين الفقهية : /٣٧٣ ، مغني المحتاج : ٢٦٤/٢ ، غاية المنتهى : ٢٢٧/٢ ، كشاف القناع : ٦٧/٤ .

(٤) المراجع السابقة .

٣ً ـ أن يكون المستعار مما يكن الانتفاع به بدون استهلاكه، وإلا لم تصح إعارته[1].

وقد قرر العلماء أنه تصح الإعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها كالدور والأرضين والثياب والدواب وسائر الحيوان، وجميع ما يعرف بعينه، إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال. فلا تجوز إباحة الجواري للاستمتاع، ويكره للاستخدام، إلا أن تكون لذي رحم محرم؛ لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها[2]، ويحرم إعارة السلاح والخيل للحربي، والمصحف وما في معناه للكافر، وإعارة الصيد للمحرم[3].

المبحث الثالث ـ حكم عقد الإعارة:

نتكلم فيه في أصل حكم الإعارة، وفي بيان صفته.

أصل حكم الإعارة:

يطلق اسم العارية في العرف بطريقتين: بطريق الحقيقة، وبطريق المجاز. أما الإطلاق بطريق الحقيقة فهو محل بحثنا هنا وهو إعارة الأعيان التي ينتفع بها، مع بقائها. وحكمها عند المالكية وجمهور الحنفية: هو ملك المنفعة للمستعير، بغير عوض، أو ما هو ملحق بالمنفعة عرفاً وعادة[4].

وقال الكرخي والشافعية والحنابلة: إن موجب الإعارة هو إباحة الانتفاع بالعين، فهي عقد إباحة[5]. والإعارة عندهم: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.

ويترتب على الخلاف بين الفريقين: أن المستعير يجوز له عند الفريق الأول

---

(١) البدائع: المرجع السابق.

(٢) المهذب: ٣٦٣/١، القوانين الفقهية: /٣٧٣.

(٣) مغني المحتاج: ٢٦٦/٢.

(٤) المبسوط: ١٣٣/١١، البدائع: ٢١٤/٦، تكملة فتح القدير: ٩٨/٧، ١٠٦، حاشية ابن عابدين: ٥٢٤/٤، حاشية الدسوقي: ٤٣٣/٣.

(٥) مغني المحتاج: ٢٦٤/٢، المهذب: ٣٦٤/١، المغني: ٢٠٩/٥.

إعارة الشيء المستعار لغيره ، وإن لم يأذن له المالك ، إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل . غير أن المالكية قالوا : إذا منع المستعير من الإعارة ، فلا يجوز له أن يعير .

ودليل الحنفية : أن المعير سلط المستعير على تحصيل المنافع ، والتسليط على هذا الوجه تمليك ، لا إباحة ، كما في الأعيان ، ومقتضى التمليك أن للمستعير حرية التصرف في الانتفاع بالعارية بنفسه أو بغيره .

ولا يجوز للمستعير عند الفريق الثاني أن يعير العارية لغيره ؛ لأن الإعارة إباحة المنفعة ، فلا يملك بها الإباحة لغيره ، كإباحة الطعام ، فالضيف لا يبيح لغيره ما قدم له .

ودليلهم أيضاً اتفاق العلماء على أن عقد الإعارة يجوز من غير أجل ، فلو كان مقتضى الإعارة تمليك المنفعة ، لما جازت من غير أجل ، كالإجارة .

واتفق الفريقان على أن المستعير لا يملك إجارة العين المعارة . والسبب عند الفريق الثاني هو أن العارية تبيح المنافع فقط ، ولكن لا تملكه إياها . وأما السبب عند الفريق الأول فهو أن المستعير لا يملك الإجارة ، لأنها عقد لازم ، والإعارة عقد تبرع ، جائز غير لازم ، فلا يملك به ما هو لازم ، فيؤدي إلى تغيير طبيعة الإعارة . كذلك ليس للمستعير أن يرهن ما استعاره ؛ لأن الشيء لا يتضمن ما فوقه[1] .

وأما إطلاق الإعارة بطريق المجاز : فهو إعارة **المكيل والموزون والمعدود المتقارب** ، مثل الجوز والبيض وكل مالا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كإعارة الدراهم والدنانير ، فهو قرض حقيقة ، فعليه المثل أو القيمة ، ولكنه إعارة مجازاً ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه ، ولا سبيل إليه إلا بالتصرف بالعين ، بخلاف

(١) أما الوديعة فلا تؤجر ولا ترهن ولا تودع ولا تعار (الدر المختار : ٥٢٥/٤) .

الإعارة حقيقة ، فإن محل العقد فيها هو المنفعة لا العين ، سواء قلنا : إنها تفيد تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة[1] .

حقوق الانتفاع بالعارية :

قال الجمهور غير الحنفية : للمستعير الانتفاع بالعارية حسب الإذن .

وقال الحنفية : الحقوق التي يمنحها عقد الإعارة للمستعير تختلف بين ما إذا كانت الإعارة مطلقة أو مقيدة .

فالإعارة المطلقة : هي أن يستعير إنسان شيئاً ، ولم يبين في العقد أنه يستعمله بنفسه أو بغيره ، ولم يبين كيفية الاستعمال ، مثل : أن يعير شخص دابته لآخر ، ولم يسم مكاناً ولا زماناً ، ولم يحدد الركوب ولا الحمل . فحكمها : أن المستعير ينزل منزلة المالك ، فكل ما ينتفع به المالك ينتفع به المستعير ، فله أن يستعمل الدابة في أي مكان وزمان ، وله أن يركب أو يحمل ، أو يركب غيره ؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه ، وقد ملكه منافع العارية مطلقاً ، إلا أنه لا يحمل عليها فوق المعتاد لمثلها ولا يستعملها ليلاً ونهاراً ، ما لم يستعمل مثلها من الدواب ، فلو فعل فعطبت : يضمن ؛ لأن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة ضمناً ، كما يتقيد نصاً ، كما في الإجارة[2] .

وأما الإعارة المقيدة : فهي أن تكون مقيدة في الزمان والانتفاع معاً أو في أحدهما . وحكمها : أنه يراعى فيها القيد ما أمكن ؛ لأن الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه ، إلا إذا تعذر اعتباره لعدم الفائدة ونحوه ، فيلغو القيد ؛ لأن التقييد يجري مجرى

---

(١) البدائع : ٢١٥/٦ ، المبسوط : ١٤٥/١١ ، تكملة فتح القدير : ١٠٨/٧ ، مجمع الضمانات : ٥٥/ ، الكتاب مع اللباب : ٢٠٣/٢ .

(٢) المبسوط ١١ : ١٤٤/ ، البدائع ، المرجع السابق ، تكملة فتح القدير : ١٠٧/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٧/٤ ، مجمع الضمانات : ٥٧/ وما بعدها .

العبث[1] . وبيانه فيما يأتي :

إذا قيده في استعمال العارية بنفسه : فإن كان الاستعمال مما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس ، فإنه يختص به ، ولا يجوز أن يركب غيره ، أو يلبس الثوب غيره .

وإن كان الاستعمال لا يتفاوت بتفاوت الناس ، مثل سكنى الدار فله أن يسكن غيره ؛ لأن المملوك بالعقد هو السكنى ، والناس لا يتفاوتون فيه عادة ، فلم يكن التقييد بسكناه مفيداً ، فيلغو القيد ، إلا إذا كان الذي يسكنها إياه حداداً ، أو قصاراً[2] ، ونحوهما ممن يوهن البناء ، فليس له أن يسكنها إياه ولا أن يعمل بنفسه ذلك ؛ لأن المعير لا يرضى به عادة .

وإذا حدد زماناً أو مكاناً : فجاوز ذلك المكان ، أو زاد على الوقت : يضمن ؛ لأن التخصص مفيد .

وإذا بين مقدار الحمل والجنس : فإن حمله عليه وزاد : يضمن ، بقدر الزيادة ، فلو ركب الدابة بنفسه ، وأردف غيره ، فعطبت فإن كانت الدابة مما تطيق حملها جميعاً : يضمن نصف قيمة الدابة ؛ لأنه لم يخالف إلا في قدر النصف ، وإن كانت الدابة مما لا تطيق حملها ، ضمن جميع قيمتها ، لأنه استهلكها .

ولو حمل على الدابة شيئاً بخلاف الجنس المحدد في العقد : فإن كان مثله في الخفة أو أخف منه : لا يضمن . وإن كان أثقل منه : يضمن .

وإن كان الحمل مثل المعين في العقد في الوزن والثقل : بأن استعار دابة ليحمل عليها مئة رطل من القطن ، فحمل عليها مئة رطل من الحديد : فإنه يضمن ؛ لأن

---

(١) البدائع : ٢١٥/٦ ـ ٢١٦ ، تكملة فتح القدير : ١٠٧/٧ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٧/٤ ، المبسوط : ١٣٧/١١ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ٦٠/ وما بعدها .

(٢) القصار : محور الثياب ومبيضها .

ثقل الحديد يتركز في موضع واحد على ظهر الدابة ، وثقل القطن يتوزع على جميع ظهرها وبدنها ، فكان ضرره بالدابة أكثر ، والرضا بأدنى الضررين لا يكون رضا بأعلاهما .

وإن كان الحمل أثقل من المبين في العقد : فإن كان من الجنس المذكور في العقد ، يضمن بقدر الزيادة ، وإن كان من خلاف الجنس ، يضمن كل القيمة .

وإن اختلف المعير والمستعير في مدة العارية أو في مقدار الحمل ، أو في المكان ، فالقول قول المعير[1] ؛ لأن المعير هو الذي يأذن بالانتفاع بالعارية ، فيقبل قوله في تحديد وجه الانتفاع ، والمستعير يدعي بأن وجه الانتفاع هو على النحو الذي يريده ، والمعير منكر لذلك فيقبل قوله بيمينه .

صفة حكم الإعارة :

قال الحنفية والشافعية والحنابلة : إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم ؛ لأنه ملك لا يقابله عوض ، فلا يكون لازماً ، كالملك الثابت بالهبة ، فيجوز للمعير أن يرجع في الإعارة ، كما للمستعير أن يردها في أي وقت شاء ، سواء أكانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة بوقت ، مالم يأذن المعير في شغل المستعار بشيء يتضرر بالرجوع فيه ، أو كانت العارية لازمة ، كمن أعار أرضاً لدفن ميت محترم ، فلا يجوز للمعير الرجوع في الموضع الذي دفن فيه ، وامتنع على المستعير رده ، فهذه إعارة لازمة من الجانبين ، حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير تراباً[2] . ومثله : لو استعار مكاناً لسكنى معتدة ، فليس للمعير الاسترداد .

---

(١) المبسوط : ١٤٣/١١ .

(٢) البدائع : ٢١٦/٦ ، الكتاب مع اللباب : ٢٠٢/٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٠/٢ ، المهذب : ٣٦٣/١ ، المغني : ٢١١/٥ ؛ تحفة الطلاب : ص ١٦٦ .

ودليلهم على أن العارية عقد جائز قوله ﷺ: «المنحة مردودة، والعارية مؤداة»[1].

وقال المالكية في المشهور عندهم: ليس للمعير استرجاع العارية، قبل الانتفاع بها، وإذا كانت العارية إلى أجل، فلا يجوز للمعير الرجوع إلا بعد انقضاء الأجل. وإن لم يتحدد أجل، يلزم المعير من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية، وقال الدردير في الشرح الكبير: الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب[2].

وبهذا يظهر أن المالكية يسوغون الرجوع في العارية المطلقة ويمنعونها في العارية المقيدة بالشرط أو العرف أو العادة.

وسبب الخلاف بين الفريقين: هو ما يوجد في العارية من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة.

الرجوع في الأرض المعارة للبناء أو الغراس أو الزراعة:

قال الحنفية: إذا كانت الإعارة **مطلقة**، فللمعير صاحب الأرض أن يستردها في أي وقت شاء؛ لأن الإعارة غير لازمة، ويجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء؛ لأن في الترك ضرراً بالمعير، ولا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس أو البناء؛ إذ

(١) روي من حديث ثلاثة وهم أبو أمامة وأنس وابن عباس: فحديث أبي أمامة أخرجه أبو داود والترمذي من حديث ذكر فيه: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم» أي الكفيل. قال الترمذي: حديث حسن، وصححه ابن حبان، ورواه أيضاً أحمد وأبو داود الطيالسي وأبو يعلى والدارقطني وابن أبي شيبة وعبد الرزاق. وحديث أنس رواه الطبراني في كتاب «مسند الشاميين» وحديث ابن عباس أخرجه ابن عدي في الكامل (راجع نصب الراية: ٥٧/٤، التلخيص الحبير: ٢٥٠/، جامع الأصول: ١١٠/٩).

(٢) بداية المجتهد: ٣٠٨/٢، حاشية الدسوقي: ٤٣٩/٣.

أنه لم يغرر المستعير بشيء حيث أطلق العقد، بل هو الذي غرر بنفسه، حيث حمل المطلق على الأبد فهو مغتر غير مغرور.

وإن كانت الإعارة **مؤقتة بوقت**: فللمعير استرداد العارية أيضاً للحديث السابق: «المنحة مردودة، والعارية مؤداة». ولكن يكره الرجوع قبل انتهاء الوقت، لما فيه من خلف الوعد، وليس له إجبار المستعير على النقض والقلع، والمستعير حينئذ بالخيار: إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه وبنائه؛ لأنه غره بتوقيت العارية، ثم بإخراجه قبل الوقت، وإن شاء أخذ غرسه وبناءه إن لم يضر القلع بأرض المعير، فإن أضر القلع بها كان الخيار للمعير: إن شاء أخذ الغرس والبناء بالضمان، وإن شاء رضي بالقطع.

هذا ماذكره الحاكم الشهيد في مختصره. وعند القدوري: يضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع؛ لأن المستعير مغرور، حيث وقت له المعير، إذ الظاهر الوفاء بالعهد، والمغرور يرجع على الغار، دفعاً للضرر عن نفسه.

وأما إذا استعار شخص أرضاً للزراعة، فلا تؤخذ منه، حتى يحصد الزرع، وقت العارية أو لم يوقت؛ لأن للزرع نهاية معلومة، وفي ترك الزرع لوقت الحصاد بطريق الإجارة بأجر المثل مراعاة لحقي المعير والمستعير، بخلاف الغرس، لأنه ليس له نهاية معلومة، فيقلع دفعاً للضرر عن المالك[1].

وقال المالكية: الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب، أما إذا كانت الإعارة مقيدة بشرط أو بعرف أو عادة، فلا يجوز الرجوع قبل انقضاء الأجل، وبناء عليه: إذا أعار أرضاً لبناء أو غرس، وبنى أو غرس، فإن لم يحصل

---

(١) البدائع: ٢١٧/٦، تكملة فتح القدير: ١٠٩/٧ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٥٢٧/٤، ١١، المبسوط: ١٤١/١١ ومابعدها، الكتاب مع اللباب: ٢٠٣/٢.

تقييد بأجل ، فللمعير إخراج المستعير ، ويملك المعير بناء المستعير وغرسه ، إن دفع له ما أنفق .

ففي الإعارة المقيدة على هذا النحو : ليس للمعير الرجوع في الأرض ، إذا حصل البناء أو الغرس ، قبل انقضاء أجل الإعارة ، مالم يدفع للمستعير ما أنفقه ، فإن انقضت مدة البناء أو الغرس المشترطة أو المعتادة ، فالمالك بالخيار : إن شاء أمر المستعير بهدم البناء ، وقلع الشجر ، وتسوية الأرض ، كما كانت ؛ وإن شاء دفع قيمة ذلك منقوضاً أو مقلوعاً ، إذا كان مما له قيمة بعد القلع ، بعد إسقاط أجرة من يهدمه ويسوي الأرض ، إذا كان المستعير لا يتولى الأمر بنفسه أو خدمه[1] .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا كانت الإعارة للبناء أو الغراس ، **مطلقة** المدة ، فللمستعير أن ينتفع بالأرض مالم يرجع المعير ، فإن رجع المعير بعد أن بنى المستعير أو غرس ، فإن كان المعير قد شرط عليه القلع ، لزمه قلعه ، عملاً بالشرط ، فإن امتنع فللمعير القلع .

ويلزم المستعير تسوية الأرض المحفورة ، إن شرطت وإلا فلا يلزمه تسوية الحفر ؛ لأنه لما شرط عليه القلع ، رضي بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه مأذون فيه ، فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص .

وإن لم يشرط عليه القلع : فإن اختار المستعير القلع ، قلع ، دون أن يلتزم المعير بدفع قيمة النقص . ويلزم المستعير بتسوية الأرض في الأصح عند الشافعية ، ويحتمل أن تلزمه التسوية عند الحنابلة ؛ لأن القلع حصل باختياره ، فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه ، فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها ، إلا أن القاضي من الحنابلة ذكر أنه لا يلزمه تسوية الحفر ؛ لأن المعير رضي بذلك ، حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه ، وهو الأصح عندهم .

---

(١) بداية المجتهد : ٣٠٩/٢ ، حاشية الدسوقي : ٤٣٩/٣ ، القوانين الفقهية : /٣٧٣ .

وإن لم يختر المستعير القلع ، فللمعير الخيار بين أن يبقيه بأجرة المثل ، أو يقلع ويضمن قدر النقص بين قيمته قائماً ومقلوعاً .

وإن كانت الإعارة لبناء أو غراس أو غيره مؤقتة ، فللمعير الرجوع أيضاً ، فإذا رجع أو انتهت المدة ، طبقت نفس الأحكام السابقة في الإعارة المطلقة : من ناحية اشتراط القلع أو عدم اشتراطه ، وآثار ذلك .

وإذا أعار شخص أرضاً للزراعة ، فله الرجوع ، مالم يزرع ، فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى وقت الحصاد ، وعليه إبقاء الزرع إلى ذلك الوقت ، فإن رجع المعير قبل الحصاد ، وجب على المستعير دفع أجرة المثل من وقت الرجوع إلى الحصاد[1] .

والخلاصة : أن المعير له الرجوع في الإعارة للبناء أو الغراس عند الشافعية والحنابلة والحنفية ، سواء أكانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة ، وأما في الإعارة للزراعة فيقتصر أثر الرجوع على إعطاء المعير حق المطالبة بأجرة المثل ، في المدة التي بين الرجوع والحصاد .

وعند المالكية : للمعير الرجوع في الإعارة المطلقة ، وليس له الرجوع في الإعارة المقيدة ، قبل انقضاء أجل العقد ، فهذه الإعارة لازمة لانتهاء الأجل المعلوم .

المبحث الرابع ـ حال العارية : هل هي مضمونة أم أمانة ؟

قال الحنفية : إن المستعار أمانة في يد المستعير ، في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال ، لا يضمن على كل حال إلا بتعد أو تقصير ؛ لأنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان ، فلا يجب عليه الضمان ، كالوديعة والإجارة ؛ لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، ولم يفعل ما يوجب الضمان ؛ لأنه يقوم بحفظ مال الغير ، وهذا

(١) المهذب : ٣٦٤/١ ، مغني المحتاج : ٢٧١/٢ ـ ٢٧٢ ، المغني : ٢١٢/٥ وما بعدها .

إحسان في حق المالك ، قال تعالى : ﴿ هل جزاء الإحسان إلا الإحسان ﴾[1] .

وقال المالكية[2] : يضمن المستعير ما يُغاب عليه : وهو ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي والسفينة السائرة في عرض البحر ، وذلك إذا لم يكن على التلف أو الضياع بينة على حصوله بلا سبب منه ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار ، ولا فيما قامت البينة على تلفه . ودليلهم الجمع والتوفيق بين حديثين : أولهما ـ أنه عليه الصلاة والسلام قال لصفوان بن أمية : « بل عارية مضمونة مؤداة » وفي رواية « بل عارية مؤداة » وثانيهما ـ حديث : « ليس على المستعير غير المغل ـ أي الخائن ـ ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » فحمل الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على مالا يغاب عليه . وهذا المذهب قريب من مذهب الحنفية في أن العارية أمانة[3] .

والأصح عند الشافعية أن العارية مضمونة على المستعير بقيمتها يوم التلف إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرط ، لحديث صفوان : « بل عارية مضمونة » ولأنه مال يجب رده لمالكه ، فيضمن عند تلفه كالشيء المستلم أي المقبوض على سوم الشراء ، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه فلا ضمان[4] ، لحدوث التلف عن سبب مأذون فيه ، فلو تعسرت الدابة من ثقل حمل مأذون فيه أو ماتت به ، أو انمحق

---

(١) المبسوط : ١٣٥/١١ ، البدائع : ١١٧/٦ ، تكملة فتح القدير : ١٠٣/٧ ، مجمع الضمانات للبغدادي :٥٥/ ، الكتاب مع اللباب : ٢٠٢/٢ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠٨/٢ ، حاشية الدسوقي : ٤٣٦/٣ ، القوانين الفقهية :٣٧٣/ ، والحديثان تقدم تخريجهما .

(٣) تتلخص أحكام العارية عند المالكية بأربعة وهي : ١ ـ الضمان ، ٢ ـ الانتفاع للمستعير حسبما يؤذن له ٣ ـ اللزوم إن كانت لأجل معلوم أو قدر معلوم ، كعارية الدابة إلى موضع كذا ، فلا يجوز لصاحبها أخذها قبل ذلك ٤ ـ إذا قال المستعير : كانت عارية ، وقال صاحبها : كانت كراء ، فالقول قوله مع يمينه (القوانين الفقهية : ٣٧٣/)

(٤) قال البغدادي في مجمع الضمانات : ص٥٥ : محل الخلاف (أي بين الحنفية والشافعية) في ضمان المستعير : أن تهلك العارية في غير حالة الانتفاع ، أما لو هلكت في حالة الانتفاع لم يضمن بالإجماع .

أي (تلف بالكلية) ثوب يلبسه المأذون فيه ، أو سقط ثور في ساقية استعير لاستعماله فيها ، فلا ضمان في هذه الحالات كلها[1] . كذلك لا يضمن المستعير ما استعاره ليرهنه ، فرهنه ، فتلف عند المرتهن . لكن يشترط ذكر جنس الدين وقدره وصفته والمرهون عنده .

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب[2] : إن العارية مضمونة على المستعير مطلقاً ، تعدى أو لم يتعد ، بقيمتها يوم التلف ، بدليل حديث صفوان بن أمية السابق الإشارة إليه ، وهو أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين ، فقال ـ فيما رواه أحمد وأبو داود ـ أغصباً يا محمد ؟ قال : « **بل عارية مضمونة** » فهذا إخبار بصفة العارية وحكمها ، وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة .

ولقوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه[3] » ، ولأنه مال لغيره ، أخذه لمنفعة نفسه ، لا على وجه الوثيقة كالرهن ، ومن غير استحقاق ، ولا إذن في الاتلاف ، فكان مضموناً كالمغصوب .

وأضاف الحنابلة أن المستعير لو استعار وقفاً ككتب علم وأدراع موقوفة على المجاهدين فتلفت بغير تفريط ولا تعد ، فلا ضمان ، لكون تعلم العلم وتعليمه والجهاد من المصالح العامة .

---

(١) المهذب : ٣٦٣/١ ، مغني المحتاج : ٢٦٧/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٥٠ ، الاقناع وحاشية البجيرمي عليه : ١٣٦/٣ ، ١٢٩ ، متن أبي شجاع مع حاشية الباجوري : ١٠/٢ ، تحفة الطلاب : ١٦٦/

(٢) كشاف القناع : ٧٦/٤ وما بعدها ، المغني : ٢٠٣/٥ ، القواعد لابن رجب : ٥٩/

(٣) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وصححه الحاكم عن الحسن عن سمرة بن جندب ، قال : قال رسول الله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » زاد أبو داود والترمذي قال قتادة : « ثم نسي الحسن فقال هو أمينك لاضمان عليه : يعني العارية » ورواه الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة (راجع جامع الأصول : ١١٠/٩ ، نصب الراية : ١٦٧/٤ ، التلخيص الحبير : ٢٥٣/ ، المقاصد الحسنة : ٢٩٠/ ، نيل الأوطار : ٢٩٨/٥ ، سبل السلام : ٦٧/٣) .

ويبرأ المستعير برد العارية إلى من جرت العادة بتسلم الشيء منه كزوجة وخازن ووكيل عام في قبض الحقوق .

شرط المعير الضمان : قال الحنفية : إذا شرط المعير على المستعير ضمان العارية يكون الاشتراط باطلاً ، وبه يفتى ، كما في الوديعة ، وكشرط عدم الضمان في الرهن ، لأن في ذلك تغييراً لمقتضى العقد[1] .

وقال المالكية : إذا اشترط المعير الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه الضمان ، لا يضمنه المستعير ويلزم بإجارة المثل في استعماله العارية ؛ لأن الشرط يخرج العارية عن حكمها إلى باب الإجارة الفاسدة ، إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها ، بغير ضمان ، فهو عوض مجهول ، فيجب أن يرد إلى معلوم[2] .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا شرط المستعير أن تكون العارية أمانة أو نفي الضمان لم يسقط الضمان ولغا الشرط ؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط ، كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد[3] .

تغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان : يتغير حال العارية عند الحنفية من الأمانة إلى الضمان بنفس الأسباب التي يتغير بها حال الوديعة ، منها[4] :

١ ـ التضييع ؛ والإتلاف حقيقة بإلقائها في مضيعة أو كأن يدل عليها سارقاً ؛ أو الإتلاف معنى بمنع العارية بعد طلبها أو بعد انقضاء المدة .

٢ ـ ترك الحفظ في استعمال العارية ، أو إيجارها .

٣ ـ استعمال العين المعارة استعمالاً غير مشروط أو غير مألوف عادة .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٥١٦/٤ ، ٥٢٥ ، مجمع الضمانات : ٥٥/ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٤٣٦/٣ ، بداية المجتهد : ٣٠٩/٢ .

(٣) المغني : ٢٠٤/٥ .

(٤) البدائع : ٢١٨/٦ وما بعدها .

٤ ـ المخالفة في كيفية الحفظ : مثل أن يأمره ألا يغفل عنها ، فغفل ، فيضمن . فإن عاد إلى موافقة مطلب المعير لا يبرأ عن الضمان ، بخلاف ماعرفناه في الوديعة عند الحنفية ، فإنه يبرأ عن الضمان ؛ لأن المقصود في الوديعة ، هو الحفظ للمالك ، والحفظ يتحقق بعد المخالفة كما كان قبل المخالفة .

وهناك فرق آخر : وهو أن المستعير لو رد العارية إلى منزل المالك ، كما إذا رد الدابة إلى إصطبل مالكها ، يبرأ عن الضمان بخلاف الوديعة ، للعادة الجارية في العارية بردها إلى بيت المالك أو بدفعها إلى عياله ، ولم تجر العادة بذلك في الوديعة ، فخصصت العارية من عموم آية ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ ، وبقيت الوديعة على ظاهر النص ، كما سبق ذكره . والعين المغصوبة مثل الوديعة ترد إلى المالك نفسه .

لكن إذا كانت العارية شيئاً نفيساً فرده المعير إلى دار المالك ولم يسلمه إليه ضمن ؛ لأن الأعيان النفيسة لاترد إلا إلى صاحبها في العادة .

وكذلك إذا اختلف المعير والمستعير ، فالقول قول المالك كما بينا بخلاف الوديعة : القول قول الوديع[1] .

مؤنة رد العارية : إن أجرة رد العارية على المستعير ؛ لأن الرد واجب عليه ؛ لأنه قبضها لمنفعة نفسه ، والأجرة مؤنة الرد ، فتكون عليه . وكذلك أجرة رد العين المغصوبة على الغاصب ؛ لأن الرد واجب عليه دفعاً للضرر عن المالك ، فتكون مؤنته عليه .

أما أجرة رد العين المستأجرة فعلى المؤجر ؛ لأن الواجب على المستأجر التمكين من الرد والتخلية بين الشيء وصاحبه ، دون الرد[2] . والفرق أن غرض المؤجر

---

(١) انظر البدائع ، المرجع نفسه : ٢١١/ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ٥٧/ .

(٢) الكتاب مع اللباب : ٢٠٤/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٥٢٧/٤ وما بعدها .

والغاصب ومثلهما المرتهن هو حصول المنفعة لهم بخلاف المستعير، قبض الشيء لمنفعته الخاصة .

وكذلك أجرة رد الوديعة على المالك المودع ؛ لأن الوديع يجب عليه فقط رد الوديعة عند طلب المالك لقوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ﴾ .

الفصل التاسع

الوكالة

خطة الموضوع :

الكلام عن عقد الوكالة في المباحث الخمسة الآتية :

المبحث الأول ـ تعريف الوكالة وركنها ومشروعيتها .

المبحث الثاني ـ شرائط الوكالة .

المبحث الثالث ـ أحكام الوكالة .

المبحث الرابع ـ تعدد الوكلاء .

المبحث الخامس ـ طرق انتهاء الوكالة .

المبحث الأول ـ تعريف الوكالة وركنها ومشروعيتها :

تعريف الوكالة : الوكالة بفتح الواو وكسرها ، وهي تطلق لغة ويراد بها الحفظ ، كما في قوله عز وجل : ﴿ وقالوا : حسبنا الله ونعم الوكيل ﴾ أي الحافظ ، وقوله سبحانه : ﴿ لاإله إلا هو فاتخذه وكيلاً ﴾ قال الفراء : أي حفيظاً . وتطلق ويراد بها التفويض ، يقال : وكل أمره إلى فلان : فوضه إليه واكتفى به ، ومنه : « توكلت على الله » قال تعالى : ﴿ وعلى الله فليتوكل المتوكلون ﴾ ، وقال سبحانه مخبراً

عن هود عليه السلام : ﴿ إني توكلت على الله ربي وربكم ﴾ أي اعتمدت على الله ، وفوضت أمري إليه .

والوكالة شرعاً عند الحنفية[1] : هي عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم . أو هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل .

والتصرف يشمل التصرفات المالية من بيع وشراء وغيرهما من كل مايقبل النيابة شرعاً كالإذن بالدخول . وقال الشافعية : الوكالة تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته[2] . والتقييد بالحياة للتمييز عن الوصية .

ركن الوكالة : ركن الوكالة عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول ، فالإيجاب من الموكل ويسمى الأصيل : أن يقول: وكلتك بكذا ، أو افعل كذا ، أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه . والقبول من الوكيل : أن يقول : قبلت وما يجري مجراه[3] . ويتم القبول بكل فعل دل على القبول ، ولا يشترط كونه لفظاً ؛ لأن التوكيل إباحة ورفع حجر ، فأشبه إباحة الطعام[4] .

ويجوز بالاتفاق قبول الوكالة على الفور والتراخي ؛ لأن قبول وكلائه ﷺ كان بفعلهم ، وكان متراخياً عن توكيله إياهم .

فإذا لم يوجد الإيجاب والقبول لا يتم العقد ، فلو وكل إنسان غيره بقبض دينه ، فأبى أن يقبل ، ثم ذهب الوكيل فقبضه ، لم يبرأ المدين ؛ لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول ، وكل واحد منهما يرتد بالرد قبل وجود الآخر ، كما في البيع ونحوه .

وللوكالة عند الجمهور أركان أربعة هي الموكل والوكيل والموكل فيه والصيغة .

---

(١) تكملة فتح القدير : ٣/٦ ، البدائع : ١٩/٦ ، رد المحتار : ٤١٧/٤ ، تبيين الحقائق . ٢٥٤/٤ .

(٢) مغني المحتاج : ٢١٧/٢ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ٢٠/ .

(٤) مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ ، المغني : ٨٤/٥ .

وتصح الوكالة الدورية[1] عند الحنابلة[2] : وهي وكلتك ، وكلما عزلتك أو انعزلت فقد وكلتك أو فأنت وكيلي ، ويصح عزله بقوله : كلما وكلتك أو عدت وكيلي فقد عزلتك .

تعليق الوكالة على شرط أو زمن : الوكالة عند الحنفية والحنابلة قد تكون مطلقة وقد تكون معلقة بالشرط ، مثل : إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع هذا الكتاب ، ولا يصح تصرف الوكيل قبل تحقق الشرط ، وقد تكون مضافة إلى وقت في المستقبل بأن يقول : وكلتك في بيع هذا الكتاب غداً ، ولا يصير وكيلاً قبل الغد . ودليلهم على جواز ذلك أن التوكيل عقد يبيح التصرف مطلقاً ، والإطلاقات مما تحتمل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت كالطلاق ، وبما أن التوكيل إذن في التصرف فهو يشبه الوصية[3] .

وقال الإمام الشافعي في الأصح من مذهبه : لا يصح تعليق الوكالة بشرط من صفة أو وقت ، مثل : إن جاء زيد أو رأس الشهر فقد وكلتك بكذا . ودليله أن التوكيل عقد تؤثر الجهالة في إبطاله ، فلم يصح تعليقه على شرط كسائر العقود من بيع وإجارة . ويخالف الوصية لأنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة ، فلا يؤثر فيها غرر الشرط ، فتقبل التعليق . أما الوكالة فتؤثر الجهالة في إبطالها فيؤثر غرر الشرط فيها ، فلا تقبل التعليق . لكن لو تصرف الوكيل في هذه الحالة صح تصرفه لوجود الإذن ، وإن كان العقد فاسداً ، وحينئذ إذا كان وكيلاً بأجر سقط المسمى ، ووجب له أجر المثل ، لأنه عمل في عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل ، فوجب أجر المثل كالعمل في الإجارة الفاسدة[4] . وإذا نجز الوكالة وشرط للتصرف شرطاً جاز اتفاقاً ، مثل :

---

(١) الدور عند المناطقة : هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه ، وسميت وكالة دورية لدورانها على العزل .

(٢) غاية المنتهى : ١٥٦/٢

(٣) البدائع : ٢٠/٦ ، غاية المنتهى : ١٤٧/٢ .

(٤) مغني المحتاج : ٢٢٣/٢ ، المهذب : ٣٥٠/١ .

وكلتك بشراء شيء ، ولكن لا تشتره إلا بعد شهر .

تأقيت الوكالة : اتفق الفقهاء على صحة تأقيت الوكالة بزمن معين كشهر أو سنة ؛ لأن الوكالة حسب الحاجة .

الوكالة بأجر : تصح الوكالة بأجر وبغير أجر ؛ لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمولة[1] ، ولهذا قال له أبناء عمه : « لو بعثتنا على هذه الصدقات ، فنؤدي إليك ما يؤدي الناس ، ونصيب ما يصيبه الناس » أي العمولة ، ولأن الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل القيام بها ، فيجوز أخذ الأجرة فيها ، بخلاف الشهادة ، فإنها فرض يجب على الشاهد أداؤها .

فإن كانت الوكالة بغير أجرة فهي معروف من الوكيل ، وإذا كانت الوكالة بأجر أي (بجعل) فحكمها حكم الإجارات ، فيستحق الوكيل الجُعْل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب يخيطه ، فمتى سلمه مخيطاً ، فله الأجر . وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الأجر ، إذا عمله ، وإن لم يقبض الثمن في البيع[2] .

وفي الوكالة بأجر يجوز للموكل أن يشترط على الوكيل ألا يخرج نفسه منها إلا بعد أجل محدود ، وإلا لما كان عليه التعويض .

عموم الوكالة وتخصيصها : تصح الوكالة العامة عند الحنفية والمالكية[3] ؛

---

(١) قال ابن حجر : هذا مشهور ، ففي الصحيحين عن أبي هريرة : بعث النبي ﷺ السعاة على الصدقة ، وفيهما عن أبي حميد الساعدي : استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له : ابن اللتبية ، وفيهما عن عمر : أنه استعمل ابن السعدي . وعند أبي داود أن النبي ﷺ بعث أبا مسعود ساعياً ، وفي مسند أحمد أنه بعث أبا جهم بن حذيفة متصدقاً ، وفيه من حديث قرة بن دعموص بعث الضحاك بن قيس ساعياً ، وفي المستدرك أنه بعث قيس بن سعد ساعياً ، وفيه من حديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ بعثه على أهل الصدقات ، وبعث الوليد بن عقبة إلى بني المصطلق ساعياً (راجع التلخيص الحبير : ١٧٦/ ، ٢٥١ ، ٢٧٥) .

(٢) المغني : ٨٥/٥ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٢/٦ ، القوانين الفقهية :٣٢٩/ :

(٣) تكملة رد المحتار : ٣٥٧/٧ ، بداية المجتهد : ٣٠٢/٢

لأنها تجوز في كل ما يملكه الموكل وفي كل ماتصح فيه النيابة من التصرفات المالية وغيرها . وقال الشافعي والحنابلة[1] : لاتصح الوكالة العامة ؛ لما فيها من عظيم الغرر . واتفق الفقهاء على جواز الوكالة الخاصة ، وهو الأصل الغالب فيها .

مشروعية الوكالة : الوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب : فقوله تعالى حكاية عن أهل الكهف : ﴿ فابعثوا أحدكم بوَرِقكم هذه إلى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه ﴾ ، وهذه وكالة في الشراء وقوله عز وجل : ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ اذهبوا بقميصي هذا ﴾ وقوله حكاية عن سيدنا يوسف : ﴿ اجعلني على خزائن الأرض ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها ﴾ أي السعاة والجباة الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة ، فالله سبحانه جوز العمل على الصدقات ، وهو بحكم النيابة عن المستحقين .

وأما السنة : فأحاديث كثيرة ، منها خبر الصحيحين : « أنه ﷺ بعث السعاة لأخذ الزكاة » ، ومنها : « توكيله ﷺ عمرو بن أمية الضري في نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان »[2] ومنها « توكيله أبا رافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحارث »[3] ومنها

---

(١) تحفة المحتاج : ٣٠٨/٥ ، كشاف القناع : ٤٧١/٣ ، مغني المحتاج : ٢٢١/٢

(٢) رواه أبو داود في سننه : ٤٦٨/١ ، وقال البيهقي في المعرفة : روينا عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي في المعرفة ، وكذا حكاه في الخلافيات بلا إسناد ، وأخرجه في السنن من طريق ابن اسحق ، حدثني أبو جعفر ، قال : بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضري إلى النجاشي ، فزوجه أم حبيبة ، ثم ساق عنه أربعمائة دينار .. (راجع التلخيص الحبير : ص٢٥١ وما بعدها) .

(٣) رواه مالك في الموطأ والشافعي عنه وأحمد والترمذي والنسائي وابن حبان عن سليمان بن يسار أن النبي ﷺ « بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار ، فزوجاه ميمونة بنت الحارث ، وهو بالمدينة قبل أن يخرج » أي إلى الحج ، قال ابن تيمية في منتقى الأخبار : وهو دليل على أن تزوجه بها قد سبق إحرامه ، وأنه خفي على ابن عباس (راجع التلخيص الحبير : ٢٥٢/ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٥) .

« توكيله حكيم بن حزام بشراء الأضحية ، وتوكيله عروة البارقي في شراء الشاة »[1] .
ومنها خبر البخاري في التوكيل بإعطاء بعير سداداً لدين رجل ، وقوله عليه السلام :
« إن خياركم أحسنكم قضاء »

وأما الإجماع ، فقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة ، ولأن الحاجة داعية إليها ، فإن الشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحه كلها[2] ، فكانت جائزة لأنها نوع من أنواع التعاون على البر والتقوى .

المبحث الثاني ـ شرائط الوكالة :

يشترط لصحة الوكالة شروط في العاقدين وفي محل العقد .

والعاقدان هما : الموكل والوكيل ، والموكل يجوز أن يكون غائباً أو امرأة أو مريضاً بالاتفاق ، أو حاضراً صحيحاً خلافاً لأبي حنيفة . والوكيل : كل من جاز له التصرف لنفسه في شيء ، جاز له أن ينوب فيه عن غيره ، إلا أنه لا يجوز توكيل العدو على عدوه . ولا يجوز عند المالكية توكيل الكافر على بيع أو شراء أو عقد سلم لئلا يفعل الحرام ، ولا توكيله على قبض من المسلمين لئلا يستعلي عليهم .

أما شرط الموكل : فهو أن يكون مالكاً للتصرف الذي يوكل فيه ، وتلزمه أحكام ذلك التصرف . فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي غير المميز لعدم وجود

---

(١) توكيل حكيم بن حزام صحيح : رواه أبو داود والترمذي عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام ، وفيه أن الرسول ﷺ قال له : « ضح بالشاة ، وتصدق بالدينار » وقصة توكيل عروة البارقي صحيحة أيضاً رواها أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني عن شبيب بن غرقدة السلمي الكوفي عن عروة بن أبي الجعد البارقي ، وفيه أن النبي ﷺ « دعا له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه » (راجع جامع الأصول : ٢٨٩/١٢ ، نصب الراية : ٩٠/٤ ، التلخيص الحبير : ٢٥١/ ، نيل الأوطار : ٢٧٠/٥) .

(٢) المغني : ٧٩/٥ ، تكملة فتح القدير : ٣/٦ ، مغني المحتاج : ٢١٧/٢ ، المهذب : ٣٤٨/١ ، المبسوط : ٢/١٩ وما بعدها .

العقل الذي هو من شرائط الأهلية ، ولأنه لاتلزمها أحكام التصرفات ، كما لا يصح التوكيل من الصبي المميز بما لا يملكه بنفسه من التصرفات كالطلاق والهبة والصدقات ونحوها من التصرفات الضارة ضرراً محضاً به . أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول التبرعات ، فيجوز للصبي المميز التوكيل بها . وأما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة : فإن كان المميز مأذوناً في التجارة يصح منه التوكيل بها ، لأنه يملكها بنفسه ، وإن كان ممنوعاً من التصرفات ينعقد التوكيل منه موقوفاً على إجازة وليه ، وعلى إذن وليه بالتجارة أيضاً[1] .

وقال الإمام الشافعي : لا يصح توكيل الصبي مطلقاً ، إذ لاتصح عنده مباشرته لأي تصرف . وهذا هو رأي المالكية والحنابلة[2] .

واكتفى أبو حنيفة باشتراط أن يكون التوكيل حاصلاً بما يملكه الوكيل ، وبناء عليه يجوز عنده توكيل المسلم ذمياً بشراء الخمر والخنزير .

وأما شروط الوكيل : فهو أن يكون عاقلاً أي يعقل العقد بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش ، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز . أما الصبي المميز فتصح وكالته عند الحنفية سواء أكان مأذوناً في التجارة أم محجوراً .

وقد اشترط هذا الشرط ؛ لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في العبارة ، فلا بد من أن يكون من أهل العبارة ، وأهلية العبارة لا تكون إلا بالعقل والتمييز ، وقد زوج ابن أم سلمة ـ وكان صبياً ـ النبي ﷺ .

وقال الشافعي والمالكية والحنابلة : وكالة الصبي غير صحيحة ؛ لأنه غير مكلف ، فلا تصح مباشرته التصرف لنفسه ، فلا يصح توكله ، وأجاز الشافعية على الصحيح

---

(١) البدائع : ٢٠/٦ ، تكملة فتح القدير : ١٢/٦ ، ١٣٤

(٢) مغني المحتاج : ٢١٧/٢ . المهذب : ٣٤٩/١ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٣٦/٣ وما بعدها .

توكيل الصبي المميز في الإذن بدخول دار وإيصال هدية وحج وتطوع وذبح ضحية وتفرقة زكاة .

٢ ـ ويشترط عند الحنفية أيضاً : أن يكون الوكيل قاصداً العقد ، بألا يكون هازلاً ، وأن يعلم بالتوكيل في الجملة ، فلو وكل رجلاً ببيع كتابه ، فباعه الوكيل من رجل قبل أن يعلم بالوكالة ، لا يجوز بيعه ، حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة ؛ وعلم الوكيل بالوكالة يثبت بالمشافهة أو الكتابة إليه ، أو بإرسال رسول إليه ، أو بإخبار رجلين أو رجل واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل[1] .

٣ ـ أن يكون الوكيل معيناً إما بنسبة أو إشارة إليه ، فلو وكل أحد رجلين لم تصح الوكالة للجهالة . وأن يكون عالماً بموكله بوصف له أو شهرة[2] .

وأما شروط الموكل به فهي :

١ ـ ألا يكون الموكل فيه من الأمور المباحة : فلا يصح لإنسان أن يوكل غيره بالاحتطاب والاحتشاش واستقاء الماء واستخراج المعادن كالنحاس والرصاص والجواهر ، فإذا حصل التوكيل في شيء مما ذكر فهو للوكيل ، وليس للموكل فيه شيء . وهذا الشرط عند الحنفية ، وأجاز الجمهور في الأظهر عند الشافعية التوكيل في هذه الأمور ، ويقسم بينهم على قدر أجر كل منهم بلا ترجيح بينهم لحصوله بمنافع مختلفة[3] .

٢ ـ أن يكون الموكل به مملوكاً للموكل : لأن ما لا يملكه لا يتصور تفويض التصرف به لغيره ، وهذا متفق عليه .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ٢٠ وما بعدها ، المبسوط : ١٩ / ١٥٨ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ / ٤١٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٨ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، الدسوقي : ٣ / ٣٧٨ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٩ ، كشاف القناع : ٣ / ٤٥٠ .

(٣) الفتاوى الهندية : ٣ / ٤٤٠ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ ، روضة الطالبين : ٤ / ٢٩١ ، المغني : ٥ / ٨١ .

٣ ـ أن يكون معلوماً من بعض الوجوه بحيث لا يعظم الغرر فيه ، وهذا شرط للشافعية .

٤ ـ ألا يكون الموكل فيه طلب قرض من الغير ، فإذا وكل إنسان غيره في أن يقترض له من شخص مالاً ، فقال الوكيل : أقرضني كذا ، فأقرضه ، كان القرض للوكيل لا للموكل ، لكن يصح ذلك بطريق الرسالة ، بأن يقول : أرسلني فلان ليستقرض كذا .

٥ ـ أن يكون قابلاً للنيابة شرعاً : وهو كل ما تصح النيابة فيه من الأمور المالية وغيرها ، فلا تصح الوكالة في العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث ؛ لأن المقصود منها الابتلاء والاختبار بإتعاب النفس ، وهو لا يحصل بالتوكيل ، ولا يصح التوكيل باليمين ؛ لأن المقصود منها إظهار صدق الحالف وتعتمد على الإجلال والتعظيم والعبودية لله تعالى ، وهذا أمر شرعي ، ولا يصح التوكيل بالنكاح بمعنى الوطء ؛ لأن المقصود به الإعفاف وإنجاب ولد ينسب إليه .

وتجوز الوكالة عند الجمهور في العبادات التي لها تعلق بالمال قبضاً وإخراجاً ودفعاً إلى المستحق كالزكاة والكفارة والنذر والصدقة والحج والعمرة عند العجز وبعد الموت ، وذبح الهدي وجبران النقص في الإحرام بالحج أو العمرة وذبح الأضحية ونحوها[١] ؛ لأن المقصود بها إيصالها لأهلها ، ولم يجز المالكية التوكيل بالحج ؛ لأن المقصود به تهذيب النفس وتعظيم شعائر الله[٢] ، وأما إنفاق المال فهو أمر عارض .

---

(١) تكملة ابن عابدين : ٧ / ٢٧١ ، بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢١٩ ، المغني : ٥ / ٨٣ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣ / ٣٧٧ وما بعدها ، روضة الطالبين : ٤ / ٢٩٤ .

(٢) وضع الشافعية ضابطاً لما يجوز التوكيل فيه وما لا يجوز ، فقالوا : تصح الوكالة إلا في مجهول مطلق ، كأن وكله في كل قليل وكثير ، وإلا في حمل حد أو قود ، أو قبض في مال ربوي أو رأس مال سلم ، وإلا في وطء ، أو شهادة ، أو يمين كإيلاء أو لعان ، أو إقرار ، أو ظهار ، أو عبادة إلا نُسكاً من حج أو عمرة ، وتفرقة زكاة وذبح أضحية (تحفة الطلاب : ص ١٦٩) .

وقد اختلف الفقهاء في بعض الأمور التي يجوز التوكيل بها ، مما يقتضينا قسمة ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز إلى قسمين : إما أن يكون التوكيل بحقوق الله عز وجل وهي كل الحدود عند الحنفية ، وعند غيرهم ماعدا حد القذف . وإما أن يكون بحقوق العباد .

أولاً ـ الوكالة في حقوق الله تعالى : التوكيل في حقوق الله تعالى نوعان : أحدهما ـ بالإثبات ، والثاني ـ بالاستيفاء .

١ ـ التوكيل بإثبات الحدود : قال الحنفية : إن كان الحد لا يحتاج في إظهاره عند القاضي إلى الخصومة (أي للدعوى) كحد الزنا وشرب الخمر فلا يصح فيه التوكيل بإثباته ؛ لأنه يثبت عند القاضي بالبينة أو الإقرار من غير حاجة إلى رفع دعوى من صاحب الحق ، فتكفي فيه شهادة الحسبة بدون دعوى . فيتلخص من هذا أنه يشترط في الموكل فيه ألا يكون حداً من الحدود التي لا يشترط فيها إقامة الدعوى كحد الزنا وحد شرب الخمر .

وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة (أي إقامة دعوى) كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل بإثباته عند أبي حنيفة ومحمد ، بإقامة البينة على الجريمة الموجبة للحد . ولا يجوز التوكيل بذلك عند أبي يوسف وإنما لا يثبت إلا بالبينة أو الإقرار من الموكل ، وهذا الخلاف يجري أيضاً في إثبات القصاص ، استدل أبو يوسف على رأيه ؛ وهو أن الوكالة لا تجوز في إثبات الحدود والقصاص بالقياس على عدم جواز الوكالة بالاستيفاء ، فكما لا يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص لا يجوز التوكيل بإثباتها ؛ لأن الإثبات وسيلة إلى الاستيفاء .

ورد أبو حنيفة ومحمد على دليل أبي يوسف بأن هناك فرقاً بين الإثبات والاستيفاء ، فإن امتناع التوكيل بالاستيفاء بسبب وجود شبهة كما سنعرف ، وتلك الشبهة غير متوفرة في التوكيل بالإثبات[١] .

(١) البدائع : ٦ / ٢١ ، تكملة فتح القدير : ٦ / ٧ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٩ .

وقال الشافعية : لا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله تعالى ، لأن الحق فيهـا لله سبحانه ، وهو قد أمرنا بدرء الحدود والتوصل إلى إسقاطهـا ، وبـالتوكيل يتوصل إلى إيجاب الحد ، فلا يجوز . أما إثبات القصاص وحد القذف فيجوز التوكيل فيهما ؛ لأنها حق آدمي ، فجاز التوكيل في إثباته ، كالحق في المال[1] .

وقال الحنـابلـة[2] : يجوز التوكيل في إثبـات القصـاص وحـد القـذف في حضرة الموكل وغيبته ؛ لأنها من حقوق الآدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما . وكذلك الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والسرقة : يجوز التوكيل في إثبـاتهـا ؛ لأن الرسول ﷺ وكل أنيساً في إثبات واستيفاء حد الزنا ، فإنـه قـال : « فـإن اعترفت فـارجمهـا » وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت ، وقد وكله في إثبات الحد واستيفائه جميعاً .

والوكيل يقوم مقام الموكل في درء الحدود بالشبهات .

٢ ـ التوكيل في استيفاء الحدود : اتفق أئمة المـذاهب الأربعـة في الجملـة على أنه يجوز للحاكم التوكيل في استيفـاء[3] حـدود الله تعـالى وفي القصـاص ، غير أنـه قـد يوجد خلاف في المذهب في صحة التوكيل بالاستيفاء حـال غيـاب الموكل عن مجلس الاستيفاء أي والموكل غير حاضر . وهنا سنذكر تفصيل كل مذهب على حدة :

قال أبو حنيفة ومحمد : أما التوكيل من صاحب الحق باستيفاء الحدود التي تحتاج إلى إقامة الدعوى كحد القذف وحد السرقـة ، فـإن كان الموكل حـاضراً بـأن يحضر هو ووكيله حال تنفيذ الحد ، فإنـه يجوز التوكيل إذ ليس كل أحـد يحسن الاستيفـاء إمـا لضعف قلبه أو لنقص خبرته ومعرفته . وأبو يوسف : لا يجيز التوكيل في استيفاء حـد

---

(١) المهذب : ١ / ٣٤٩ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ .

(٢) المغني : ٥ / ٨١ وما بعدها ، غاية المنتهى : ٢ / ١٥٠ .

(٣) استيفاء : أي توفية الحد وتنفيذه على الجاني . وحقوق الله أي أن الله تعالى قرر لها عقوبة ثابتة ليس للمجني عليه فيها شأن ، فلا بد من تنفيذها .

القذف وحد السرقة ، كما لا يجوز التوكيل في إثباتها ، والظاهر أنه يقول : إن التوكيل في الحدود التي هي من حقوق الله تعالى لا معنى له ، سواء احتاجت لدعوى أم لا ؛ لأن ولي الأمر مطالب باستيفائها ، فلا بد له من تنفيذها ، وليس للمجني عليه فيها شأن[1] .

وأما إن كان المقذوف والمسروق منه غائباً وقت الاستيفاء فاختلفت فيه مشايخ الحنفية .

فقال بعضهم : يجوز التوكيل ؛ لأن عدم الجواز لاحتمال حدوث العفو والصلح ، وهنا لا يتأتى ذلك الاحتمال ؛ لأن الأمر وصل إلى القاضي ، والحق صار لله تعالى وحده ، فلو عفا عنه المسروق منه لا يلتفت إليه .

وقال بعضهم وهو الأرجح عند الحنفية : لا يجوز التوكيل بالاستيفاء ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وغيبة الموكل شبهة ؛ لأنه لو كان حاضراً وقت الاستيفاء وإن لم يملك العفو والصلح إلا أنه إذا كان مقذوفاً قد يصدق القاذف فيما قذفه به ، وإذا كان مسروقاً منه فقد يترك الخصومة (أي يسقط ادعاءه) ، فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة .

وإذاً لا يصح وقوع الحد بدون حضور الموكل وهو المجني عليه .

وأما التعازير : فيجوز التوكيل بإثباتها واستيفائها باتفاق الحنفية وباقي المذاهب[2] ، وللوكيل أن يستوفي سواء أكان الموكل غائباً أم حاضراً ؛ لأن التعزير حق الشخص ، ولا يسقط بالشبهات بخلاف الحدود .

وأما التوكيل باستيفاء **القصاص :** فإن كان الموكل وهو ولي الدم حاضراً جاز ،

---

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة : ٣ / ٢٣٢ ، الإفصاح لابن هبيرة : ص ٢٠٨ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، الشرح الصغير : ٣ / ٥٠٣ ، روضة الطالبين : ٤ / ٢٩٣ ، الشرح الكبير مع المغني : ٥ / ٢٠٧ .

لأنـه قـد لا يقـدر على الاستيفـاء ، فيحتـاج إلى التوكيل ، وإن كان غـائبـاً لا يجوز ، لاحتمال صدور العفو منه عن القاتل إذا كان حاضراً ، فلا يجوز استيفـاء القصـاص مع قيام الشبهة .

هـذا هو مـذهب الحنفيـة في الاستيفـاء[1] ، وخلاصتـه : أنـه لا يجوز التـوكيـل باستيفاء الحـدود والقصـاص بـدون حضور الموكل وهو المجني عليـه وقت الاستيفـاء ؛ لأنها تدرأ بالشبهات ، وشبهة العفو ثابتة حال غيبـة الموكل ، بخلاف حـال حضرتـه أو وجوده لانتفاء الشبهة .

وقال المالكية : تجوز الوكالة باستيفاء العقوبات في حضرة الموكل وغيبته[2] .

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب عندهم : تجوز الوكالة باستيفاء الحدود والقصاص في حضرة الموكل وغيبتـه ؛ لأن النبي ﷺ قـال : « اغـد يـا أنيس إلى امرأة هـذا ، فـإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها أنيس ، فاعترفت ، فأمر بهـا فرجمت »[3] وأمر النبي ﷺ برجم ماعز ، فرجموه ، ووكل عثمان علياً في إقـامـة حـد الشرب على الوليـد بن عقبـة ، ووكل علي الحسن في ذلك ، فأبى الحسن ، فوكل عبد الله بن جعفر ، فأقامه وعلي يعد ، ولأن الحاجة قد تدعو إلى التوكيل ؛ لأن الإمام لا يمكنه تولي الحد بنفسه .

وقال بعض الحنابلة كالحنفية : لا يجوز استيفاء القصاص وحـد القـذف في غيبـة الموكل ؛ لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حـال غيبتـه فيسقـط العقـاب ، وهـذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفـاء ، ولأن العفو منـدوب إليـه ، فـإذا حضر احتمل أن يرحم المقتص منه أو القاذف ، فيعفو .

---

(١) المبسوط : ١٩ / ٩ ، ١٠٦ ، فتح القدير : ٦ / ١٠٤ ومـابعدهـا ، تكملة فتح القـدير : ٦ / ٦ ومـا بعـدهـا ، البدائع : ٦ / ٢١ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ / ٢١٨ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٧ ، الشرح الكبير : ٣ / ٣٧٨ .

(٣) تقدم تخريجه في الحدود عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني ، رواه الموطأ وأحمد وأصحاب الكتب الستـة إلا ابن ماجه .

إلا أن الرأي الأول هو ظاهر مذهب الحنابلة كما قلنا ؛ لأن ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق ، واحتمال العفو بعيد ، والظاهر أنه لو عفا أعلم وكيله بعفوه ، والأصل عدم العفو فلا يؤثر[1] .

وقال الشافعية : يصح التوكيل في استيفاء عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف كسائر الحقوق المالية ، بل قد يجب التوكيل في حد القذف ، وكذا في حد قطع الطريق ، سواء في حضرة الموكل أو في غيبته .

ويصح التوكيل أيضاً للإمام في استيفاء حدود الله تعالى ؛ لأن النبي ﷺ بعث أنيساً لإقامة الحد ، وقال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » وقال عليه السلام في قصة ماعز : « اذهبوا به فارجموه » ووكل عثمان رضي الله عنه علياً كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبة[2] .

والخلاصة : أن المالكية والشافعية والحنابلة يجيزون استيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الخصم ، أما الحنفية : فلا يجيزون ذلك إلا بحضور الخصم .

ولا يجوز التوكيل في المعصية كالظهار ، فلا يوكل من يظاهر عنه زوجته ؛ لأنه منكر ومعصية[3] .

ثانياً ـ الوكالة في حقوق العباد : حقوق العباد تنقسم إلى قسمين :

نوع لا يجوز استيفاؤه مع وجود شبهة كالقصاص في القتل أو الأطراف . ونوع يجوز استيفاؤه مع الشبهة . وحكم النوع الأول كما عرفنا : هو أنه يصح التوكيل في إثباته عند أبي حنيفة ومحمد .

ولا يجوز التوكيل في استيفائه حال غيبة المجني عليه ؛ لأنه قد يرتفع بحضور

---

(١) المغني : ٨٤/٥ ، الإفصاح لابن هبيرة : ٢٠٨/ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٢١/٢ ، المهذب : ٣٤٩/١ .

(٣) الشرح الصغير : ٥٠٤/٣ ، نهاية المحتاج : ٢٢/٥ .

المجني عليه وعفوه عنه ، ففيه شبهة العفو ، والحدود تدفع بالشبهات كما بينا .

وأما النوع الثاني : وهو ما يجوز استيفاؤه مع الشبهة فهو كالديون والأعيان وسائر الحقوق غير القصاص ، فإنه يجوز للوكيل أن يستلمها مع وجود شبهة عفو صاحبها ، وتركها لمن هي عليه . فحكم هذا النوع أنه يصح التوكيل باستيفائه وإثباته باتفاق الحنفية ، والدليل على جواز التوكيل بالخصومة هو حاجة الناس ؛ إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن علياً وكل عقيلاً ، وبعد ما أسن وكل عبد الله بن جعفر .

غير أن الحنفية اختلفوا في اشتراط توافر رضا الخصم للزوم التوكيل بإثبات الدين والعين وسائر الحقوق .

فقال أبو حنيفة : لا يلزم التوكيل بالخصومة إذا لم يكن الموكل حاضراً مجلس القضاء مع الوكيل إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافراً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أو لا يحسن الادعاء والتقاضي ؛ أو كانت امرأة مستورة في خدرها ، أو كانت المرأة حائضاً أو نفساء والقاضي في المسجد ؛ لأنه تستحي من الحضور لمحافل الرجال ، وعن الجواب بعد الخصومة ، فيضيع حقها ، وفي غير المذكور للخصم أن يمتنع من محاكمة الوكيل إذا لم يكن حاضراً مجلس القضاء ؛ لأن حضوره مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه ، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين الذي عليه[1] . والخلاصة : أن أبا حنيفة لا يجيز التوكيل بغير رضا الخصم لمن لا عذر له إذا لم يكن الموكل حاضراً مجلس القضاء مع الوكيل . أما إذا كان الموكل حاضراً مجلس الحكم فتجوز الوكالة بلا خلاف بين الإمام وصاحبيه .

(١) المبسوط : ٧/١٩ وما بعدها ، فتح القدير : ٦/١٠٤ ـ ١٠٥ ، تكملة فتح القدير : ٨/٦ ومابعدها ، البدائع : ٢٢/٦ ، مختصر الطحاوي : /١٠٨ ، رد المحتار : ٤١٨/٤ ، تكملة ابن عابدين : ٢٨٠/٧ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : /١٣٤ ، قال ابن عابدين : لاخلاف في الجواز ، إنما الخلاف في اللزوم يعني هل ترتد الوكالة برد الخصم ؟ عند أبي حنيفة : ترتد ، وعند الصاحبين : لا ترتد ويجبر عليها .

وقال الصاحبان وبقية الأئمة غير الحنفية : يجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً وإن لم يرض الخصم ، بشرط ألا يكون الوكيل عدواً للخصم ؛ لأن المذكور حق تجوز النيابة فيه ، فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضا خصمه كحال غيبته ومرضه ، وكدفع المال الذي عليه ، ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه ، وقال : « ما قضي له فلي ، وما قضي عليه فعلي » ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان ، وقال : « إن للخصومة قُحَماً - أي مهالك - وإن الشيطان ليحضرها ، وإني لأكره أن أحضرها » ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات ، فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة[1] ، أو لا يريد أن يتولاها بنفسه[2] .

واستثنى المالكية حالة ما إذا جالس الموكل خصمه ثلاث جلسات فأكثر عند القاضي ، فحينئذ لا يجوز له التوكيل إلا لعذر كمرض . واشترط الحنابلة شرطين لجواز الوكالة بالخصومة وهما :

١ - ألا يكون التوكيل ممن علم ظلم موكله في الخصومة ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تكن للخائنين خصيماً ﴾ .

٢ - ألا يخاصم الوكيل عن الموكل في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمر موكله .

والمختار للفتوى عند الحنفية تفويض التوكيل للحاكم ، فإن علم القاضي التعنت

---

(١) إن أصل معنى الخصومة في اللغة : هو النزاع والجدال ، ولكن هذا المعنى غير مقصود في اصطلاح الفقهاء ، فيحمل مجازاً على معنى الإجابة على دعوى المدعي من قبيل ذكر المطلق وإرادة المقيد .

(٢) مختصر خليل : ص ٢١٦ ، الميزان : ٨٣/٢ ، المغني : ٨١/٥ ، المهذب : ٣٤٨/١ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٧٨/٣ ، الإفصاح لابن هبيرة : ص ٢٠٧ ، كشاف القناع : ٤٧١/٣ .

من الخصم يقبل التوكيل من غير رضاه . وإن علم الموكل قصد إضرار خصمه لا يقبل التوكيل[1] .

والتوكيل بالشهادة : لا يجوز ؛ لأن الشهادة تتعلق بعين الشاهد ، لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في وكيله[2] .

وأما التوكيل بالإقرار في الوكالة بالخصومة : فيجوز عند الحنفية كما ذكر محمد في « الأصل » وعند المالكية والحنابلة ، كأن يقول « وكلتك لتقر عني لفلان بكذا » فيقول الوكيل : « أقررت عنه بكذا ، أو جعلته مقراً بكذا » ؛ لأن هذا الإقرار معناه إثبات حق في الذمة بالقول ، فجاز التوكيل فيه كالبيع[3] .

وأما الشافعية : فلا يجوز عندهم في الأصح التوكيل في الإقرار؛ لأنه إخبار عن حق ، فلا يقبل التوكيل كالشهادة ، فإنه لا يصح التوكيل بها ؛ لأنها تتعلق بعين الشاهد ؛ لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه[4] . ورد الجمهور على قياس الإقرار على الشهادة بأن هناك فرقاً بينهما ، فإن الشهادة لا تثبت الحق ، وإنما هي إخبار بثبوت الحق على غيره .

ويجوز فيما عدا ذلك **التوكيل بقبض الدين** ؛ لأن الموكل قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه ، فيحتاج إلى التفويض إلى غيره كالوكيل بالبيع والشراء وسائر التصرفات ، إلا أن التوكيل بقبض رأس مال السلم وبدل الصرف : إنما يجوز في مجلس العقد ، لا خارج المجلس ؛ لأن الموكل نفسه يملك القبض فيه لا في غيره ، وبالقبض يبرأ المدين[5] .

---

(١) الدر المختار : ٤/٤١٨ .

(٢) نهاية المحتاج : ٥/٢٢ ، المغني : ٥/٨٢ .

(٣) البدائع : ٦/٢٢ ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٧ ، المغني : ٥/٨٢ .

(٤) مغني المحتاج : ٢/٢٢١ ، المهذب : ١/٣٤٩ .

(٥) البدائع ، المرجع السابق .

وتجوز الوكالة بقضاء الدين، لأن الموكل يملك القضاء بنفسه، وقد لا يتهيأ له القضاء بنفسه، فيحتاج إلى التفويض إلى غيره.

وتجوز الوكالة بالإبراء من الدين؛ لأنه إذا جاز التوكيل في اثباتها واستيفائها، جاز التوكيل في الإبراء عنها.

وتجوز الوكالة بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة؛ لأن هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه، فيملك توليتها غيره.

ويجوز التوكيل بالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والصلح على إنكار؛ لأنه يملك هذه التصرفات بنفسه، فيملك تفويضها إلى غيره.

ويجوز أيضاً بالهبة والصدقة والإعارة والايداع والرهن والاستعارة والارتهان والاستيهاب (أي طلب الهبة من الغير) كما ذكرنا.

ويجوز بالشركة والمضاربة أيضاً، كما يجوز بالإقراض والاستقراض، إلا أن في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل إلا إذا قال: «أرسلني فلان إليك ليستقرض كذا» وحينئذ يكون المرسل رسولاً، لا وكيلاً، وإذاً يكون التوكيل بالاستقراض باطلاً.

ويجوز التوكيل بالصلح والإبراء، كما يجوز بالطلاق والإجارة والاستئجار لما ذكرنا.

ويجوز بالسلم والصرف، لأنه يملكها بنفسه، فيملك تفويضها إلى غيره، ولكن بشرط قبض البدل في مجلس العقد، كما هو معروف[1].

---

(١) راجع البدائع: ٢٣/٦، بداية المجتهد: ٢٩٧/٢، مغني المحتاج: ٢٢٠/٢ وما بعدها، المغني: ٨١/٥، المهذب: ٣٤٨/١، تكملة فتح القدير: ٢١/٦ ومابعدها.

إلا أن بعض هذه العقود لا يصح للوكيل فيها أن يسندها إلى نفسه ، بل لابد من إسنادها إلى الموكل ، ومنها **النكاح** ، فلا بد من أن يقول الوكيل : « قبلت الزواج لفلان موكلي » أو « زوجت فلانة موكلتي » فإذا قال : « قبلت الزواج » ولم يقيده بأحد غيره ، أو قال : « قبلت الزواج لنفسي » فإنه ينعقد له ، لا لموكله .

ومنها ـ **الهبة** فإنه لابد من أن يقول الوكيل فيها : « وهب موكلي » فإذا قال : « وهبت » لا تصح الهبة .

ومنها ـ **الصلح عن دم العمد ، والصلح عن انكار** : فإذا ادعى شخص على آخر مائتي درهم ، فأنكر المدعى عليه ، ثم وكل من يصالح على مئة ، فإنه لا بد في الصلح من أن يقول الوكيل : « قبلت الصلح لفلان على مئة مثلاً » وإلا لم يصح الصلح . وهذا بخلاف الصلح عن إقرار فإنه يصح إضافته إلى الوكيل والموكل .

ومنها ـ **التصدق** : فإذا وكله في أن يتصدق من ماله بكذا ، فإنه ينبغي للوكيل أن يضيف الصدقة إلى موكله ، وإلا كانت من ماله .

ومنها ـ **الإيداع والإعارة والرهن والشركة والمضاربة** ، فلا بد من إضافتها إلى الموكل[1] .

والخلاصة : أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه ، جاز أن يوكل به غيره ، كما قال الحنفية[2] .

وتجوز الوكالة بفسخ العقود ؛ لأنه إذا جاز التوكيل في عقدها ، ففي فسخها أولى .

وأما التوكيل في تملك المباحات وتحصيلها : كإحياء الموات وسقاية الماء والاصطياد والاحتشاش واستخراج المعادن ، فلا يجوز عند الحنفية ، فإذا حصل

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة : ٣ / ٢٣٣ .

(٢) راجع البداية : ٣ / ١٠٩ .

الوكيل على شيء مما ذكر فهو له ، وليس للموكل منه شيء . ويجوز عند المالكية وعند الشافعية في الأظهر ، وعند الحنابلة ، لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز التوكيل فيه كسائر أسباب الملك من بيع أو هبة ونحوهما[١] .

أما الوكالة بالخصومة كالمحاماة اليوم : فتجوز في حقوق الناس ، لما روي أن علياً وكل عقيلاً في الخصومة عند أبي بكر وعمر ، ووكل جعفراً عند عثمان[٢] ، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل فيها ، إذ قد لا يحسن المرء الدفاع عن حقوقه ، أو يكره أن يتولى الخصومة بنفسه[٣] .

وأما التوكيل بالبيع والشراء : فيجوز بلا خلاف بين الفقهاء ، لأنهما مما يملك الموكل مباشرتها بنفسه ، فيملك التفويض إلى غيره ، إلا أن لجواز التوكيل بالشراء شرطاً : وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة إذا كانت الوكالة خاصة .

وبيان المذكور عند الحنفية **أن التوكيل بالشراء** نوعان : عام وخاص[٤] :

فالوكالة العامة : كأن يقول الموكل : اشتر لي ما شئت أو ما رأيت ، أو أي ثوب شئت أو أي دار شئت ونحوها . وهي تصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن ؛ لأنه فوض الرأي إليه ، فتصح مع الجهالة الكثيرة ، كما في عقد المضاربة .

ووافق المالكية الحنفية في تجويز الوكالة العامة ، ويدخل فيها جميع ما تصح فيه النيابة من الأمور المالية والزواج والطلاق وغيرها ، إلا ما يستثنيه الموكل من الأشياء .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) سنن البيهقي : ٦ / ٨١ .

(٣) الهداية : ٣ / ١٣٦ ، مختصر خليل : ص ٢١٦ ، المهذب : ١ / ٣٤٨ ، المغني : ٥ / ٨١ .

(٤) القوانين الفقهية : ص ٣٢٨ ، تحفة الطلاب : ص ١٦٩ ، غاية المنتهى : ٢ / ١٥١ .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يصح التفويض العام ، كأن يوكله في كل قليل وكثير ، لوجود الغرر الكثير الذي لاضرورة إلى احتماله .

والوكالة الخاصة : كأن يقول الموكل : اشتر لي ثوباً أو بيتاً أو جوهراً أو شاة ونحوها ، ويتنازع أمر الجهالة فيها قياس واستحسان . فالقياس : أنها لا تصح مع الجهالة قليلة كانت أم كثيرة ، فلابد من بيان الجنس والنوع والصفة ومقدار الثمن ؛ لأن البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة ، فلا يصح التوكيل بها أيضاً .

والاستحسان : أن الجهالة اليسيرة لا تؤثر ، وإنما تؤثر الجهالة الكثيرة في صحة التوكيل . وجه الاستحسان : ما ثبت أن الرسول ﷺ « دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري له به أضحية » .

ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء ، لما فعله الرسول عليه السلام ؛ لأن جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضحية وقدر الثمن ، ولأن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة ؛ لأن مبنى التوكيل على المسامحة .

وضابط الجهالة القليلة : هو أنه إذا كان اسم ما وكل بشرائه مما لا يتناول إلا نوعاً واحداً ، وذكر فيه أحد أمرين : إما الصفة أو مقدار الثمن ، فتكون الجهالة قليلة .

وأما إذا كان اسم ما وكل بشرائه يتناول أنواعاً مختلفة أو في حكم الأنواع المختلفة ، فإن الجهالة تكون كثيرة ، فلا تجوز الوكالة إلا إذا بين النوع الموكل بشرائه ، ولا يكفي بيان مقدار الثمن أو الصفة .

وعلى هذا فإن الجهالة اليسيرة : هي جهالة النوع المحض أي الذي لا تتفاوت قيم آحاده تفاوتاً فاحشاً .

وأما الجهالة الكثيرة : فهي جهالة الجنس . فعلى هذا ، يغتفر الحنفية من

الغرر في الوكالة ما لا يغتفرونه في البيع ، فالجهالة التي اعتبروها يسيرة هنا : هي جهالة فاحشة مانعة من صحة البيع عند أكثرهم ومن لزومه عند بعضهم[(١)] .

من أمثلة الجهالة القليلة ما يلي :

إذا قال الموكل للوكيل : « اشتر لي صوفاً انكليزياً أو هندياً أو يابانياً » تصح الوكالة لأنه بين الصفة ، أو قال : « اشتر لي صوفاً بألف ليرة » تصح الوكالة ، لأنه بين مقدار الثمن .

ولو قال : « اشتر لي حماراً أو بغلاً أو فرساً أو بعيراً » ولم يبين له صفة ولا ثمناً ، قالوا : تصح الوكالة ؛ لأن النوع معلوم ، وهو لا يختلف باختلاف أفراده ، وأما الصفة فهي معلومة هنا أيضاً ، وذلك بحسب حال الموكل .

ولو قال « اشتر لي شاة أو بقرة » ولم يذكر صفة ولا ثمناً : لا تصح الوكالة ؛ لأن الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ، ولا بد من أن يكون أحدهما معلوماً كما ذكرنا .

ومن أمثلة الجهالة الكثيرة ما يأتي :

إذا قال الموكل للوكيل : اشتر لي حيواناً أو ثوباً أو دابة أو أرضا أو جوهراً أو حنطة أو داراً ونحوها ، لا تصح الوكالة لوجود الجهالة الفاحشة ؛ لأن كل واحد من هذه الأشياء اسم يقع على أنواع مختلفة ، فالثوب مثلاً يطلق على ثوب الحرير والقطن والكتان والصوف ونحوها ، فكان لا بد من ذكر نوع معين بأن يقول : اشتر لي ثوباً قطنياً من صنع دمشق مثلا، أو يقول : « اشتر لي حنطة بثمن كذا ، أو بوزن كذا »[(٢)] .

---

(١) رسالة الغرر وأثره في العقود للدكتور الصديق الأمين : ص ٥٥٩ .

(٢) راجع المبسوط ١٩ / ٣٨ وما بعدها ، البدائع : ٦ / ٢٣ ، تكملة فتح القدير : ٦ / ٢٧ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ / ٤٢٠ ، تكملة رد المحتار : ٧ / ٣٦٥ .

المبحث الثالث ـ أحكام الوكالة :

إذا وقعت الوكالة صحيحة كان لها أحكام تتعلق بالتصرفات التي يملكها الوكيل ، وبالحقوق التي ترجع له في التوكيل بالبيع والشراء ، وبحال المقبوض في يده ، هل يعتبر أمانة أم مضموناً ؟

أولاً ـ تصرفات الوكيل :

يترتب على الوكالة ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل ، وسنبحث هنا أنواع الوكالات لمعرفة أوجه التصرف التي يملكها الوكيل والتي لا يملكها .

١ ـ الوكيل بالخصومة (المحامي) :

أ ـ صلاحية الإقرار : الوكيل بالخصومة أي بالمرافعة أمام القضاء مثل المحامي اليوم ، يملك الإقرار على موكله بغير القصاص والحدود عند جمهور الحنفية ؛ لأن الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب عن دعوى المدعي لبيان الحق وإثباته ، لا المنازعة فيه . والجواب قد يكون إنكاراً ، وقد يكون إقراراً[١] . وقيده أبو حنيفة ومحمد أن يكون الإقرار في مجلس القاضي ، بينما لم يقيده أبو يوسف ، فأجاز إقرار الوكيل في مجلس القاضي وغيره .

وقال زفر ومالك والشافعي وأحمد : إذا كانت الوكالة مطلقة ، فلا تتضمن الإقرار على الموكل ، فلو وكل رجلاً في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق وغيره ؛ لأن الوكالة بالخصومة معناها التوكيل بالمنازعة ، والإقرار مسالمة ؛ لأنه معنى

---

(١) البدائع ٦ / ٢٤ ، تكملة فتح القدير : ٦ / ١٠ ، المبسوط : ١٩ / ٤ وما بعدها ، الدر المختار : ٤ / ٤٣٠ ، الكتاب مع اللباب : ٢ / ١٥١ .

يقطع الخصومة ، فهو يتنافى مع معنى الوكالة بالخصومة ، فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء . وفارق الإقرار الإنكار : بأنه لا يقطع الخصومة ، ولأن الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار ، فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار ، وهو لا يجوز بدليل أن الوكيل لا يملك المصالحة عن الحق ولا الإبراء منه بدون خلاف[1] .

واستثنى المالكية حالة كون الوكيل عاماً وجعل له الموكل الإقرار في عقد الوكالة ، وحالة اشتراط خصم الموكل أن يجعل الإقرار لوكيله ، بأن يقول له : لا أتعاطى المخاصمة مع وكيلك حتى تجعل له الإقرار .

ومنشأ الخلاف في الحقيقة هو في قاعدة « هل الأمر المطلق الكلي يقتضي الأمر بشيء من جزئياته أم لا يقتضي ؟ » قال الحنفية : يقتضي ما ذكر ، لاشتمال الكلي على الجزئي ضرورة ، فيصح إقرار الوكيل بالخصومة .

وقال غير الحنفية : لا يقتضي ما ذكر ، إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ولا فرد من أفراده ، فلم يصح إقرار الوكيل بالخصومة ؛ لأن اللفظ من حيث إطلاقه لا يتناوله ، والقرينة العرفية إن لم تنفه فلا تقتضيه .

وبناء عليه قال الجمهور غير الحنفية :

ليس للوكيل المطلق ببيع شيء كأن يقول الموكل للوكيل : بع هذه العين ، أن يبيعه بالغبن الفاحش ولا بثمن المثل ولا بدون ثمن المثل ، ولا بالنقد ولا بالنسيئة ، إذ لا اختصاص للجنس بنوع من أنواعه ولا فرد من أفراده ، وإنما ملك البيع بثمن المثل ، لقيام القرينة الدالة على الرضا بسبب العرف[2] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٧ ، الشرح الكبير : ٣ / ٣٧٩ ، المهذب : ١ / ٣٥١ ، المغني : ٥ / ٩١ .

(٢) تخريج الفروع على الأصول : ص ١٠٠ .

ثم إن الحنفية القائلين بجواز إقرار الوكيل اختلفوا في مكان صحته :

فقال أبو حنيفة ومحمد : يصح إقرار الوكيل في مجلس القاضي لا في غيره ، فيما عدا الحدود والقصاص ؛ لأن الموكل فوض الأمر إليه ، لكن في مجلس القضاء ؛ لأن التوكيل هو بالخصومة أو بجواب الخصومة ، وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ، بدليل أن الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي .

وقال أبو يوسف : يصح إقرار الوكيل في مجلس القاضي وفي غيره ؛ لأن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره ، وإقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي ، فكذا إقرار الوكيل[1] .

واتفق الحنفية على أنه إذا وكل بالخصومة ، واستثنى الإقرار وتزكية الشهود في عقد الوكيل يصح ، ويكون وكيلا بالإنكار . وإذا كان الاستثناء بكلام منفصل عن العقد بعد أن تم التوكيل مطلقاً ، فيصح عند أبي يوسف . ولا يصح عند محمد .

واتفق العلماء على أن إقرار الأب والوصي وأمين القاضي على الصغير لا يصح .

ب ـ صلاحية القبض : إن الوكيل بالخصومة في مال إذا قضى القاضي به يملك قبضه عند جمهور الحنفية ، وعند زفر : لا يملك ، ودليله : أن المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتداء إلى الحق ، ومن الوكيل بالقبض الأمانة ، وليس كل من يهتدي إلى شيء يؤتمن عليه ، فلا يكون التوكيل بالخصومة توكيلاً بالقبض .

ورد جمهور الحنفية على دليل زفر بأن الموكل لما وكل غيره بالخصومة فقد ائتمنه على قبضه ؛ لأن الخصومة فيه لا تنتهي إلا بالقبض ، فكان التوكيل بها توكيلاً بالقبض[2] .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة فتح القدير : ٦ / ١٠٢ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٦ ص ٢٤ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٦ / ٩٦ .

قال صاحب الهداية : والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ، لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال[١] .

وقال الشافعية والحنابلة : إن الوكيل بالخصومة لا يملك القبض ؛ لأنه غير مأذون به صراحة ولا عرفاً ، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت حقه يرضاه لقبضه[٢] .

جـ ـ صلاحية الصلح والإبراء : لا يملك الوكيل بالخصومة عند الحنفية والشافعية المصالحة عن الحق الموكل به ولا الإبراء عنه[٣] .

د ـ توكيل الوكيل بالخصومة غيره : ليس للوكيل بالخصومة أن يوكل غيره ، إلا إن أذن له الموكل ؛ لأن الناس متفاوتون في الكفاءة في الخصومة ، وقد رضي الموكل برأي الوكيل لا برأي غيره[٤] .

٢ ـ الوكيل بتقاضي الدين[٥] : إن أصل الرواية المنقولة عن أئمة الحنفية تقضي بأن الوكيل بتقاضي الدين يملك قبض الدين ؛ لأن حق التقاضي لا يتم المقصود منه إلا بالقبض ، فكان التوكيل به توكيلاً بالقبض ، ولأن التقاضي بمعنى القبض في الوضع اللغوي ، يقال : تقاضيته ديني وبديني ، واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي أي أخذته . وقال في القاموس : وتقاضاه الدين : قبضه منه .

ولكن المتأخرين من الحنفية قالوا : إن الوكيل بتقاضي الدين لا يملك القبض عرفاً ؛ لأن الناس في هذا الزمان فسدت أحوالهم فلا يرضون بقبض الوكلاء لتهمة الخيانة في أموال بعضهم بعضاً . وهذا هو المفتى به عملاً بتعارف الناس ، والعرف قاض على أصل وضع المذهب[٦] .

---

(١) تكملة فتح القدير : ٦/ ٩٧ ، المبسوط : ١٩/ ١٩ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦١ .

(٢) المهذب : ١/ ٣٥١ ، المغني : ٥/ ٩١ .

(٣) تكملة ابن عابدين : ٧/ ٣٦٥ ، المهذب : ١/ ٣٥١ .

(٤) المبسوط : ١٩/ ١٢ .

(٥) تقاضي الدين لغة : هو أخذ الدين ، وعرفاً : هو المطالبة بالدين ، والعرف قاضٍ على اللغة ، كما هو معروف .

(٦) انظر البدائع : ٦/ ٢٥ ، تكملة فتح القدير : ٦/ ٩٧ ، المبسوط : ١٩/ ٦٧ وما بعدها ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين : ٤/ ٤٢٩ ، الكتاب مع اللباب : ٢/ ١٥٠ .

والوكيل بتقاضي الدين لا يملك أن يوكل غيره ؛ لأن الناس يتفاوتون في التقاضي ، فقد يتضايق المدين من تقاضي بعض الناس .

٣ ـ **الوكيل بقبض الدين :** اختلف أئمة الحنفية في أن الوكيل بقبض الدين ، هل يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر المدين أم لا ؟

فقال أبو حنيفة : يملك الخصومة في إثبات الدين ، حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل الدين من المدين أو إبرائه المدين عن الدين تقبل البينة . ودليله : أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة (أي أن يتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المدين قصاصاً) والحقوق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالعاقد كما في البيع والإجارة ، والوكيل هنا هو العاقد .

ولإيضاح كون قبض الدين يعتبر مبادلة قيل : إن الديون تقضى بأمثالها ؛ لأن قبض نفس الدين غير متصور استيفاؤه ، لأنه وصف ثابت في ذمة من عليه الدين ، فكان استيفاء الدين عبارة عن نوع مبادلة ، وهو مبادلة ما يأخذه عيناً بما في ذمة المدين ، فأشبهت هذه العملية عملية البيع ، وحقوق عقد البيع يمارسها نفس العاقد ، فإذا كان البيع قد تم بواسطة وكيل عن البائع ، فإن الوكيل هو المسؤول أمام المشتري عن كل ما يتعلق بالتزامات العقد مثل تسليم المبيع وكونه خالياً من العيوب ونحوهما ، كما أنه هو الذي يطالب بتسليم الثمن .

وقال الصاحبان : إن الوكيل بقبض الدين لا يكون وكيلاً بالخصومة ؛ لأن القبض هو استيفاء عين الحق ، فهو غير الخصومة ، وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي إلى وجه الخصومة ، فلا يكون الرضا بالقبض رضا بالخصومة .

واتفق الحنفية على أن **الوكيل بقبض العين** كالكتاب مثلاً لا يملك الخصومة ، لأنه أمين محض حيث لا مبادلة هنا ، لكونه وكيلاً بقبض عين حق الموكل ، والقبض ليس بمبادلة ، فأشبه الرسول . وعلى هذا إذا وكل إنسان غيره بقبض

كتاب له من شخص آخر ، فأقام من بيده الكتاب بينة على أن الموكل باعه إياه ، وقف الأمر حتى يحضر الموكل .

واتفقوا أيضاً على أن الوكيل بملازمة المدين ليحمله على وفاء الدين : لا يملك قبض الدين ولا الخصومة فيه .

وكذلك اتفق أئمة الحنفية الثلاثة على أن الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض ؛ لأن من ملك شيئاً ملك تمامه ، وتمام الخصومة بالقبض . وقال زفر : ليس وكيلاً بالقبض لأن الموكل رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ، ولم يرض به . والفتوى على قول زفر ، لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال .

أما الوكيل بطلب الشفعة أو بالرد بالعيب أو بالقسمة فإنه يملك الخصومة بالاتفاق أيضاً ؛ لأن الوكيل بأخذ الشفعة وكيل بالمبادلة ؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ، وكذا الرد بالعيب والقسمة فيهما معنى المبادلة ، فكانت الخصومة فيها من حقوقها[1] .

وقال الشافعية والحنابلة : إن الوكيل بقبض الدين أو العين يكون وكيلاً بالخصومة في إثباته في أحد الوجهين ؛ لأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالإثبات ، فكان إذناً فيه عرفاً ، ولأن القبض لا يتم إلا به . وفي وجه آخر لا يكون وكيلاً بالخصومة ؛ لأن الإذن بالقبض ليس بإذن في الإثبات لا نطقاً ولا عرفاً ؛ لأنه ليس في العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للإثبات . وكذلك هناك وجهان عندهم في الوكالة بطلب الشفعة أو قسمة شيء[2] .

ويظهر لنا أن الأصح من الوجهين هو الثاني عند الشافعية ، والأول عند الحنابلة .

---

(١) المبسوط : ١٩/ ١٧ ، البدائع : ٦/ ٢٥ ، تكملة فتح القدير : ٦/ ٩٩ـ ١٠٢ ، رد المحتار : ٤/ ٤٢٩ ، الكتاب مع اللباب : ٢/ ١٥٠ .

(٢) المهذب : ١/ ٣٥١ ، المغني : ٥/ ٩١ وما بعدها .

وهناك أحكام أخرى عند الحنفية تتعلق بالوكيل بالقبض ؛ منها :

توكيل الوكيل بالقبض غيره : القاعدة العامة هي أن الوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره فيما وكل به ، بدون إذن موكله أو أن يقول له : اعمل برأيك ؛ لأن الموكل رضي برأيه وأمانته وحده ، والناس متفاوتون في الآراء والأمانة . ولكن مع هذا ينبغي أن نقسم الوكالة عند الحنفية إلى قسمين لمعرفة مدى انطباق هذه القاعدة ، وهما : الوكالة العامة والوكالة الخاصة .

فإذا كانت الوكالة عامة : بأن قال الموكل وقت التوكيل بالقبض : اصنع ما شئت ، أو ما صنعت من شيء فهو جائز علي ، أو نحوه ، فإنه يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض ، عملاً بمقتضى العموم .

وإذا كانت الوكالة خاصة : بأن لم يقل الموكل لفظاً يشعر بعموم الإذن بالتصرف ، فإنه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بالقبض ؛ لأن الوكيل يتصرف بتفويض الموكل ، فيملك قدر ما فوض إليه .

فإن وكل مع ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرأ المدين من الدين ، لأن توكيله بالقبض إذا لم يصح ، فقبضه وقبض الأجنبي سواء ، إلا إذا وصل ما قبض إلى الوكيل الأول ، فيبرأ المدين من الدين ، لأنه وصل إلى يد من هو نائب الموكل في القبض .

فإن هلك المقبوض في يد القابض قبل أن يصل إلى الوكيل الأول ، ضمن القابض للمدين ، وكان للدائن أن يأخذ الدين من المدين ؛ لأن التوكيل بالقبض لم يصح ، فإذا أخذه منه ، رجع على من دفعه إليه ، فيرجع هذا بما ضمن على الوكيل الأول إن هلك ما قبض في يده ، لأنه صار مغرراً به من جهته بتوكيله بالقبض ، فيرجع عليه ، إذ كل غار ضامن للمغرَّر به بما لحقه من المسؤولية من جهة ضمان الكفالة[1] .

---

(١) البدائع : ٦/ ٢٥ ، تكملة فتح القدير : ٦/ ٨٩ وما بعدها .

وقال المالكية : ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون الوكيل لا يليق به تولي ما وكل فيه بنفسه ، كأن يكون وجيهاً ، والموكل به أمر حقير ، فله التوكيل حينئذ[1] .

وقال الشافعية والحنابلة : ليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به بلا إذن الموكل متى كان قادراً على ما وكل فيه ، أما إذا لم يكن قادراً على القيام بكل ما وكل فيه فله أن يوكل غيره[2] .

أخذ العوض عن الدين : ليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عيناً مكان الدين ؛ لأن هذا يعتبر معاوضة ، وعقد المعاوضة ليس من صلاحية الوكيل بالقبض ، لأنه موكل بقبض الحق لا غير ، لا بالاستبدال ولا بالاعتياض[3] .

توكيل اثنين بقبض الدين : لو وكل إنسان وكيلين بقبض دينه ، فليس لأحدهما أن ينفرد بالقبض دون صاحبه ؛ لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ، فإن قبض أحدهما لم يبرأ الغريم ، حتى يصل ما قبض أحدهما إلى صاحبه ، فيقع المقبوض في أيديهما جميعاً ، أو يصل إلى الموكل ؛ لأن المقصود بالقبض قد حصل ، فكأنهما قد قبضاه من ابتداء الأمر[4] .

قبض الشيء معيباً : لو أن الوكيل بقبض الدين قبضه ، فوجده معيباً ، فما كان للموكل رده فله رده ، وأخذ بدله ، لأنه قائم مقام الموكل ، فهو يملك قبض حقه أصلاً ووصفاً ، فكذا الوكيل[5] .

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٣/٣٨٨ .

(٢) مغني المحتاج : ٢/٢٢٦ ، المغني : ٥/٨٨ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ص٢٦ .

(٤) تكملة فتح القدير ، المرجع السابق : ص٨٦ وما بعدها .

(٥) البدائع ، المرجع السابق .

ادعاء الوكالة عن الغائب في قبض الدين : إذا ادعى إنسان أنه وكيل فلان الغائب في قبض دينه ، فصدقه المدين ، أمر بتسليم الدين إليه[1] ؛ لأن تصديق المدين إياه معناه : أنه أقر بالدين على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له .

وحينئذ إذا حضر رب الدين الغائب ، فصدق مدعي الوكالة بأنه وكيله ، فبها ونعمت ، وإن لم يصدقه ، فهناك ثلاثة أوجه :

أحدها : إن صدق المدين مدعي الوكالة ، ودفع الدين إليه ، فإنه يدفع إلى الدائن دينه مرة أخرى ؛ لأنه إذا أنكر الوكالة ، لم يثبت للدائن استيفاء حقه ، والقول في إنكار الوكالة قول رب الدين مع يمينه ؛ لأن الدين كان ثابتاً ، والمدين يدعي أمراً عارضاً وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل ، ورب الدين ينكر الوكالة ، ومن المعروف أن القول قول المنكر مع يمينه ، وإذا لم يثبت الاستيفاء يفسد الأداء إلى مدعي الوكالة ، وحينئذ يجب الدفع ثانية إلى رب الدين ؛ لأن أداء الدين واجب على المدين ، ثم يرجع المدين بما دفعه ثانياً على مدعي الوكالة إن كان المال باقياً في يده ؛ لأن غرض المدين من الدفع إلى الوكيل براءة ذمته من الدين ، ولم تحصل تلك البراءة ، فيحق للمدين أن ينقض قبض الوكيل . وإن كان ما دفعه إليه ، ضاع في يده ، لم يرجع المدين على الوكيل ؛ لأن المدين بتصديق الوكيل اعترف أن الوكيل محق في القبض ، والمحق في القبض لا رجوع عليه ، ولأن المدين بتصديقه اعترف أنه مظلوم في أخذ الدين مرة ثانية ، والمظلوم لا يظلم غيره .

ولكن إذا قال مدعي الوكالة : إني وكيل فلان الغائب بقبض الوديعة التي عندك ، فصدقه الوديع ، لم يؤمر بالتسليم إليه ؛ لأنه أقر له بمال الغير ، بخلاف الدين ، لأن الدين حق شخصي ثابت في الذمة ، فيلزم المدين إذا صدق المدعي بتسليمه الدين

(١) أي إلى مدعي الوكالة .

عملاً بإقراره ، أما في حـالـة الوديعـة فلا يلزم بتسليمهـا إلى مـدعي الوكالـة ؛ لأن حق المودع فيها حق عيني ، وهو الملكية المتعلقـة بعينهـا ، فلا يعمل بـإقراره لمسـاسـه بحق الغير . أما الدين فيقتصر أثر الإقرار فيه على المقر فينفذ .

والثاني : إن صدق المدين مدعي الوكالة وضمنه عند الدفع بأن يقول لـه : اضمن لي ما دفعته عن الدائن ، حتى لو أخذ مني الدائن ماله آخذ منـك مـا دفعتـه إليـك ، فإن المدين يرجع على الوكيل حينئذ بما دفعه له أولاً ؛ لأن الـذي أخـذه الـدائن منـه مرة ثانية ضامن له في زعم الوكيل والمدين ؛ لأن الدائن في نظرهمـا يعتبر غـاصبـاً فيا يقبضه ثانياً . وكأن هذا يعتبر كفالة من مدعي الوكالة كما لو قـال : « أنـا ضـامن لـك ما يقبضه منك فلان » ، وهذه الكفالة صحيحة ؛ لأنها كالكفـالـة المضـافـة إلى حـال وجوب شيء في المستقبل على المكفول عنه أي بما يجب على إنسان في المستقبل .

والثالث : إذا كذب المدين مدعي الوكالة ، أو لم يصدق ولم يكـذب ومع ذلـك دفع الدين إليه على ادعائه ، فإن رجع صاحب المـال على المـدين ، رجع المـدين على الوكيل ، لأنه إذا كذبه ، صار الوكيل في حقه ، بمنزلة الغاصب ، وللمغصوب منـه حق الرجوع على الغاصب قطعاً . وإذا لم يصدقه ولم يكذبه في ادعاء الوكالة ، فهو إنما دفع إليه على رجاء أن يجيزه صاحب المال ، فإذا انقطع رجـاؤه بسبب أخـذ الـدائن حقـه منه ، رجع المدين الغريم على الوكيل[1] .

٤ ـ الوكيل بـالبيع : الوكيل بـالبيع إمـا أن يكون مطلق التصرف أو مقيـد التصرف . فإن كان مقيد التصرف ، فيراعى فيه القيد بالاتفاق ، فـإذا خـالف قيـده ، لا ينفـذ تصرفـه على المـوكل ، ولكن يتـوقف على إجـازتـه إلا إذا كانت مخـالفتـه إلى خير ؛ لأنه محقق لمقصوده ضمناً . بيانه بالمثال : أن يقول الموكل : بع بستاني هـذا بـألف

(١) تكملة فتح القدير مع العناية : ٦/١١٣ وما بعدها ، البدائع : ٦/٢٦ ، مجمع الضمانات : ص٢٥٣ ، الكتاب مع اللباب : ٢/١٥٢ .

ليرة ، فباعه بأقل من ألف ، لا ينفذ لأنه خلاف إلى شر ، وإن باعه بأكثر من ألف ليرة نفذ لأنه خلاف إلى خير . وإذا وكله بالبيع نقداً ، فباع مؤجلاً لم ينفذ ، بل يتوقف على إجازة الموكل . أما إذا وكله بالبيع مؤجلاً فباع نقداً نفذ .

وإذا وكله بالبيع في مكان معين لكون الثمن فيه أجود أو أكثر، لا يجوز له البيع في غيره عند الشافعية والحنابلة ؛ لأنه قد يفوت غرضه . وكذا عند الحنفية إن أكده بالنفي ، فقال له : لا تبعه إلا في سوق كذا .

وإذا وكله بالبيع في زمان معين ، لزمه بيعه فيه ؛ لأنه قد يحقق له مصلحة أو حاجة في ذلك الزمان بعينه .

وإذا وكله بالبيع من رجل بعينه ، لا يجوز له أن يبيعه لغيره ؛ لأنه قد يؤثر الموكل تمليك هذا الرجل دون غيره .

وإذا وكله بالبيع بمئة مثلاً ، لا يجوز أن يبيع بأقل منها ، لفوات المقدار المنصوص عليه .

وإن كان الوكيل مطلق التصرف ، فيعمل بمقتضى الإطلاق عند أبي حنيفة ، فيجوز له أن يبيع بأي ثمن كان ، قليلاً أو كثيراً ، وإن كان بغبن فاحش ، أو كان الثمن عيناً أو ديناً في الذمة . دليله : أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ، ولا يجوز تقييده إلا بدليل كوجود تهمة ، فيتناول كل ما يطلق عليه البيع ، ولا يعتمد على العرف ؛ لأن العرف متعارض ، فإن البيع بغبن فاحش ليتوصل بثمن المبيع إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضاً ، فلا يجوز تقييد المطلق مع تعارض العرف .

وقال الصاحبان وبه أخذ الطحاوي وهو الراجح المفتى به عند الحنفية : لا يجوز للوكيل بالبيع مطلقاً أن يبيع إلا بالنقود الرائجة في البلد (أي الأثمان المطلقة في اصطلاح الفقهاء) وبمثل القيمة ، فلا يجوز البيع إلا بما يتغابن الناس فيه عادة ، والمقدار الذي يتغابن الناس فيه عند الطحاوي كما ذكر محمد في الجامع الصغير:

هو نصف العشر فأقل منه ، ودليلهما : أن الوكالة بالبيع مطلقاً تنصرف إلى البيع المتعارف ، والبيع بغير النقود أو بغبن فاحش ليس بمتعارف ، وإنما المتعارف هو البيع بالنقود وبثمن المثل ، فيتقيد الإطلاق بالعرف ، كما في التوكيل بالشراء[1] .

والصحيح في تقدير الغبن الذي يفصل بين الغبن اليسير والغبن الفاحش : هو ما روي عن محمد رحمه الله في النوادر : وهو أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين ، فهو يسير ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش[2] .

وضبطاً للمقاييس القضائية حددت مجلة الأحكام العدلية (م ١٦٥) الغبن الفاحش بما يعادل ٥ ٪ في المنقولات ، و ١٠ ٪ في الحيوان ، والخمس أو ٢٠ ٪ في العقارات ، أو أزيد من ذلك ، وما دونه غبن يسير .

وقال جمهور العلماء بما قال به الصاحبان ، فلم يجيزوا البيع بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن الموكل ؛ لأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل ، مأمور بالنصح له ، كما لم يجيزوا البيع بغير نقد البلد (أي بلد البيع) بدلالة القرينة العرفية عليه[3] . فإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما ، وإن استويا باع بما هو أنفع للموكل .

ويجري هذا الخلاف في **صفة البيع نقداً أو نسيئة :** فقال أبو حنيفة : يملك الوكيل البيع بالنقد وبالنسيئة ، لإطلاق الوكالة .

وقال الصاحبان وجمهور العلماء : لا يملك الوكيل إلا البيع بالنقد أي حالاً غير

---

(١) البدائع : ٦/٢٧ ، مختصر الطحاوي : ص١١١ ، تكملة ابن عابدين : ٧/٢٨٣ ، تكملة فتح القدير : ٦/٧٠ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص٢٤٩ ، مختصر خليل : ص٢١٦ وما بعدها ، المجموع : ١٣/٥٦٣ ، المهذب : ١/٣٥٣ وما بعدها ، الكافي لابن قدامة : ٢/٢٥٤ ، طبع المكتب الإسلامي ، كشاف القناع : ٣/٤٦٣ وما بعدها .

(٢) تكملة فتح القدير ، المرجع السابق : ص٧٦ - ٧٧ ، البدائع : ٦/٣٠ ، الدر المختار : ٤/٤٢٥ .

(٣) الشرح الكبير : ٣/٣٨٢ ، المهذب : ١/٣٥٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/٢٢٣ وما بعدها ، المغني : ٥/١٢٤ ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٨ ، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ، ط الاستقامة : ٢/١٠٧ .

مؤجل ؛ لأن الأصل في البيع النقد ، وإنما يحصل التأجيل لظروف طارئة كما في أحوال الكساد[1] .

وأما الوكيل بالشراء : فلا يجوز له بالاتفاق أن يشتري إلا بثمن المثل أو بما يتغابن الناس في مثله عادة ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله . ففي الوكالة بالشراء يتفق أبو حنيفة مع بقية العلماء . والسبب في تفرقته بين البيع والشراء : هو أن الشراء يشتمل على التهمة ، فإن الوكيل الذي يشتري الشيء الموكل به يستحسن هذا الشيء فيشتريه لنفسه ، فإذا لم يوافقه بأن تبين فيه الغبن ، ألحق الشراء بغيره وهو الموكل ، ومثل هذه التهمة غير متحققة في البيع[2] .

بيع الوكيل بعض الموكل ببيعه : إذا باع الوكيل بعض الموكل ببيعه فهو على وجهين :

أ ـ إن كان ذلك مما لا ضرر في تبعيضه ، جاز باتفاق الحنفية ، وذلك مثل المكيل والموزون ، أو بيع شيئين كدارين ، فباع إحداهما ، جاز اتفاقاً .

ب ـ وإن كان في تبعيضه ضرر بأن وكله ببيع كتاب ، فباع نصفه ، جاز عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند الصاحبين والشافعية والحنابلة : لا يجوز إلا بإجازة الموكل ، أو ببيع النصف الباقي ، دليلهم : أن التوكيل ينصرف إلى المتعارف ، وبيع النصف غير متعارف ، لما فيه من ضرر الاشتراك بملكية الأعيان ، ويجب دفع الضرر .

ودليل أبي حنيفة : هو أنه كما يجوز للوكيل بيع الكل بهذا القدر من الثمن الذي باع به ، يجوز بيع البعض به من باب أولى ؛ لأنه نفع موكله حيث أمسك البعض على ملكه .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة الفتح ، المرجع السابق : ص٧٥ ، رد المحتار : ٤ / ٤٢٤ ، تكملة المجموع : ١٣ / ٥٧٣ ، المغني : ٥ / ١٢٧ .

وأما الوكيل بالشراء : فلا يجوز له باتفاق الحنفية أن يشتري البعض إلا بإجازة الموكل ، أو بشراء البعض الآخر . والفرق بين الوكيل بالشراء والوكيل بالبيع عند أبي حنيفة : هو أن الشراء تتحقق فيه التهمة بعكس البيع ، كما عرفنا ، فلا يجوز للوكيل بالشراء أن يشتري البعض بثمن الكل[1] .

وقد أخذ الشافعية والحنابلة بمذهب الصاحبين في بيع بعض الموكل ببيعه[2] . وأما المالكية فقالوا : إن لفظ الموكل العام يتخصص بالعرف[3] . والعرف في بيع كتاب مثلاً أن يعقد على جميعه .

إبراء المشتري من الثمن : الوكيل بالبيع يملك عند أبي حنيفة إبراء المشتري من الثمن ، وله أن يؤخره عنه كما له أن يأخذ عوضاً به أو أن يصالحه على شيء ، أو يحال به على شخص آخر ، ويكون حينئذ ضامناً الثمن للموكل . دليله : أن قبض الثمن من حق الوكيل ، فتكون هذه التصرفات حقاً له ، ولكن يضمن الثمن للموكل ؛ لأنه وإن كان التصرف في حق نفسه ، لكنه تعدى إلى ملك غيره بالإتلاف ، فيجب عليه الضمان[4] .

ولا يملك الوكيل عند الصاحبين شيئاً مما ذكر ؛ لأنه تصرف في حق الموكل بغير إذنه .

توكيل الوكيل بالبيع غيره : ليس للوكيل بالبيع بالاتفاق أن يوكل غيره بدون إذن موكله ؛ لأن الوكالة ملحوظ فيها خصوص شخص الوكيل لاعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة ونحوها[5] . واستثنوا مما قالوا ما يأتي :

---

(١) البدائع : ٦/ ٢٧ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٦/ ٧٨ وما بعدها .

(٢) المهذب : ١/ ٣٥٣ ، المغني : ٥/ ١٢٦ .

(٣) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣/ ٣٨١ .

(٤) البدائع : ٦/ ٢٨ ، مجمع الضمانات : ص٢٤٥ .

(٥) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة ابن عابدين : ٧/ ٣٥٦ ، الشرح الصغير : ٣/ ٥١٣ ، مغني المحتاج : ٢/ ٢٢٦ ، المغني : ٥/ ٨٨ وما بعدها .

أ ـ أن يكون الموكل فيه مما لا يليق بمروءة الوكيل ، كبيع دابة في السوق ، والحال أن الوكيل شريف النفس لا يناسبه تولي مثل البيع بنفسه .

ب ـ أن يكون الموكل فيه كثيراً مما لا يمكنه تولي العمل كله بنفسه إلا بمساعدة غيره .

جـ ـ أن يكون الموكل فيه مما يحتاج إلى مهارة خاصة كالهندسة ونحوها ، والوكيل ليس أهلاً لذاك . وهذا في الوكيل الخاص ، أما الوكيل العام عند الحنفية والمالكية فيجوز له توكيل غيره مطلقاً .

التصرفات المشبوهة : ليس للوكيل بالبيع أن يبيع لنفسه ؛ لأنه متهم في تصرفه ، ولأن حقوق العقد تعود إلى الوكيل ، فيؤدي بيعه من نفسه إلى أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً مطالِباً ومطالَباً ، وهذا محال . وبناء عليه اشترط الفقهاء لانعقاد البيع تعدد العاقد .

كما أنه ليس للوكيل عند أبي حنيفة أن يبيع أو يشتري بثمن المثل أو أقل[1] من أبيه وجده وولده وسائر من لا تقبل شهادته له كولد ولده وزوجته ؛ لأن البيع من هؤلاء بيع من نفسه من حيث المعنى ، لاتصال منافع ملك كل واحد منهم به[2] ، فكان في بيعه لهم تهمة بإيثار العين المبيعة لهم ، بدليل أنه لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه بخلاف الأجنبي .

وقال الصاحبان : يجوز له أن يبيع لهؤلاء أي لا لنفسه بمثل القيمة ؛ لأن التوكيل مطلق ، والبيع من هؤلاء ومن شخص آخر أجنبي عنهم سواء ، ولا تهمة هنا ؛ لأن أملاكهم متباينة ، فلا يملك أحدهم ما يملكه الآخر ، وإذا كانت الأملاك متباينة تكون المنافع منقطعة فيما بينهم[3] .

(١) أما بأكثر من ثمن المثل فيجوز .

(٢) بدليل أن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة ، فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه .

(٣) البدائع ، المرجع السابق ، تكملة فتح القدير : ٦/٦٧ وما بعدها ، رد المحتار : ٤/٤٢٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦١ .

وقال المالكية : لا يجوز للوكيل أن يبيع ما وكل ببيعه لنفسه أو من في حجره من صغير أو سفيه أو مجنون ، ويجوز أن يبيع لزوجته ووالده الرشيد إذا لم يحابها ، وروي عن الإمام مالك أنه يجوز للوكيل أن يشتري الشيء لنفسه[1] .

وقال الشافعية في الأصح عندهم ، والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد : لا يجوز للوكيل أن يبيع لنفسه وولده الصغير ، ويجوز أن يبيع لأبيه وجده وابنه البالغ وسائر فروعه المستقلين ؛ لأنه باع بالثمن الذي لو باع به لأجنبي لصح ، فلا تهمة حينئذ ، فهو كما لو باع من صديقه[2] . وبه يتبين أن الحنفية لا يجيزون مطلقاً بيع الوكيل لنفسه ، وأما الجمهور فلا يجيزون هذا البيع إلا إن أذن له الموكل بالبيع . واشترط المالكية أيضاً شرطين آخرين :

أ ـ أن يكون البيع بحضرة الموكل ولم ينكر عليه .
٢ ـ أن تتناهى الرغبات فيه ويسمى الثمن .

ومنع أبو حنيفة البيع للأصول والفروع والزوجة ، وأجاز الجمهور البيع للأصول والزوجة بثمن المثل دون الفروع . ورأي أبي حنيفة أرجح لدي لا سيا في عصرنا بعداً عن التهمة .

والخلاصة : أن على الوكيل أن يلتزم بواجباته ، وتنفيذ ما التزم به في حق الموكل . وعلى الموكل واجب تحمل الخسارة العارضة إن لم تكن بتعدٍ أو تقصير ، وواجب دفع ما يستحقه الوكيل من أجر إذا كانت الوكالة مأجورة ، وأدى الوكيل العمل المأمور به .

٥ ـ تصرفات الوكيل بالشراء : تكلمنا عن حكم الجهالة في نوعي الوكالة

---

(١) الشرح الكبير : ٣/٣٨٧ وما بعدها ، المغني : ٥/١٠٧ وما بعدها ، الخرشي : ٦/٧٧ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢/٢٢٤ وما بعدها ، المغني : ٥/١٠٧ وما بعدها .

بالشراء العامة والخاصة ، ونتكلم هنـا عن تصرفـات الوكيل بـالشراء في نوعي الوكالـة المطلقة والمقيدة[1] .

فإذا كانت الوكالة مقيدة فـإنـه يراعى فيهـا القيـد مـا أمكن ، سواء أكان القيـد راجعـاً إلى المُشتَرى ، أم إلى الثمن ، فـإذا خـالف الوكيل لا يلزم الموكل بـالشراء إلا إذا كان خلافاً إلى خير، فيلزمه .

مثال القيـد العـائـد للمشتَرى : أن يقول الموكل : اشتر لي ثلاجـة من صنع بلـدة معينـة ، فـاشترى ثلاجـة من صنع بلـدة أخرى ، فـلا يلـزم المـوكل بـالشراء ، ويلـزم الوكيل ؛ لأن الأصل في كل مقيد اعتبار القيد فيـه إلا قيـداً لا فـائـدة من اعتبـاره ، وهذا القيد المذكور مفيد .

ومثال القيد العائد للثمن : أن يقول الموكل : اشتر لي ثلاجة بألف ليرة ، فـاشترى ثلاجة بأكثر من الألف ، فيلزم الشراء بالوكيل دون الموكل ؛ لأنـه خـالف أمر الموكل ، فيصير مشترياً لنفسه .

وإن اشترى ثلاجة بثمانمائة ليرة ، ومثله يشترى عادة بـألف ، لزم الشراء الموكل ؛ لأن الخلاف إلى خير لا يكون خلافاً معنى .

وإن وكله بشراء شيء فاشترى بعضه : فإن كان في تبعيضه ضرر كالسيارة لم يلزم الموكل بشراء البعض ، وإن لم يكن في تبعيضـه ضرر، كالأرض الواسعـة ، لـزم المـوكل الشراء عند الحنفية والشافعية والحنابلة .

ولو وكله بالشراء بالتقسيط أو مؤجلاً ، فاشترى بثمن حال ، لزم الشراء الوكيل ، لأنه خالف قيد الموكل . فإن كانت الوكالة بالعكس ، فـاشترى بـالتقسيـط أو مؤجلاً ،

---

(١) راجع التفصيل في البدائع : ٢٩/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧٥/٦ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص١١٠ وما بعدها ، المبسوط : ٣٩/١٩ ، الدر المختار : ٤٢١/٤ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص٢٤٩ .

لزم الشراء الموكل ؛ لأنه وإن خالف الوكيل مخالفة صورية ، فقد وافق طلب الموكل في المعنى ، والعبرة للمعنى لا للصورة .

ولو وكله أن يشتري ويشترط الخيار للموكل ، فاشترى بغير خيار ، لزم الشراء الوكيل .

وإذا وكله بشراء شيء بعينه ، فاشترى الوكيل غيره ، يكون الموكل عند الحنفية مخيراً بين القبول والرد ، وعند الجمهور : إن الشراء لازم للوكيل .

وفي الجملة : إن القاعدة العامة هي أن الوكيل بالشراء إذا خالف أمر الموكل يكون عند الحنفية مشترياً لنفسه إلا إذا كان خلافاً إلى خير فيلزم به الموكل باتفاق الفقهاء ، والوكيل بالبيع إذا خالف أمر الموكل يتوقف بيعه على إجازة الموكل . والفرق بينهما كما عرفنا سابقاً : هو أن الوكيل بالشراء متهم في جعل الشراء لنفسه ، فينفذ عليه[1] .

وبناء عليه : إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى بالدينار شاتين يلزم الموكل بهما عند الحنفية ؛ لأنه خلاف إلى خير . وكذا يلزم الموكل بهما بلا خيار عند المالكية . ويلزم بها عند الشافعية والحنابلة إن ساوت كل واحدة منهما أو إحداهما ديناراً[2] عملاً بقصة عروة البارقي وكيل النبي ﷺ .

وإذا كانت الوكالة مطلقة فيراعى فيها الإطلاق ما أمكن إلا إذا قام دليل على التقييد من عرف أو غيره ، فيتقيد به . وعليه إذا وكل رجلاً بشراء دابة وسمى نوعها وثمنها ، بأن قال : حماراً أو نحوه ، فاشترى دابة عوراء ، جاز الشراء ولزم الموكل ، وكذا إذا اشترى دابة عمياء أو مشلولة اليدين أو الرجلين ، ألزم الموكل بالشراء عند أبي

---

(١) المبسوط : ١٩/ ١١٧ .

(٢) تكملة ابن عابدين : ٧/ ٣١١ ، مختصر خليل : ص٢١٧ ، الخرشي : ٦/ ٧٥ ، المهذب : ١/ ٣٥٥ ، تكملة المجموع : ١٣/ ٥٨٤ ، المغني : ٥/ ١٢٨ .

حنيفة ؛ لأن اسم الدابة بإطلاقها يقع على هذه الدابة ، كما يقع على سليمة الأعضاء ، فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل .

وقال الصاحبان : لا يلزم الموكل بهذا الشراء ، ويلزم الوكيل به ؛ لأن الدابة تشترى لاستخدامها عرفاً وعادة ، وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة ، فيتقيد المشترى بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف .

وإذا وكل إنسان بشراء شيء وكالة صحيحة ولم يسمِّ له الموكل ثمناً ، فاشترى الوكيل الشيء بمثل القيمة ، أو بأقل من القيمة ، أو بزيادة يتغابن النَاس في مثلها ، جاز الشراء على الموكل . وإن اشترى الوكيل بزيادة لا يتغابن الناس في مثلها ، يلزم الوكيل بالشراء ؛ لأن الزيادة القليلة مما لا يمكن الاحتراز عنها ، فجاز الشراء على الموكل ، حتى لا يضيق الأمر على الوكلاء ، ولتأمين حاجة الناس إلى الوكالات ، وهذا هو الراجح لدى الحنفية .

وأما **الزيادة الكثيرة** فلا ضرورة فيها ، لإمكان الاحتراز عنها[1] .

والضابط المميز بين الزيادة القليلة والكثيرة في الراجح عند الحنفية هو كما عرفنا سابقاً : إن كانت الزيادة داخلة تحت تقويم المقومين لثمن الشيء ، فهي قليلة ، وإن كانت غير داخلة تحت تقويمهم فهي كثيرة ؛ لأن الزيادة حينئذ تكون متحققة .

ومنعاً من الاختلاف : لا بد للموكل الذي يوكل غيره بشراء شيء من تسمية جنسه وصفته ، أو جنسه ومقدار ثمنه ، إلا أن يوكله وكالة عامة ، فيقول : اشترِ لي ما رأيت ؛ لأنه فوض الأمر إلى رأيه ، فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً في رأي أبي حنيفة خلافاً للصاحبين إذ يتقيد بالعرف والعادة[2] .

---

(١) الخلاصة أن الشراء بالغبن الفاحش لا ينفذ على المشتري باتفاق أئمة الحنفية ، أما البيع بغبن فاحش ففيه اختلاف ، قال أبو حنيفة : ينفذ البيع على الموكل عملاً بإطلاق التوكيل ، وقال الصاحبان : لا ينفذ البيع ؛ لأن المطلق مقيد بالعرف ، وهو الراجح .

(٢) الكتاب مع اللباب : ٢/١٤٢ ، ١٤٧ .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إذا كانت الوكالة بالشراء مطلقة ، فيلزم المشتري أن يشتري بثمن المثل ، ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن الموكل ؛ لأن الوكيل منهي عن الإضرار بالموكل ، مأمور بالنصح له ، وفي الزيادة على ثمن المثل في الشراء إضرار وترك للنصح[1] .

وإذا وكل رجل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه ، وإذا اشترى يقع الشراء للموكل ؛ لأن شراءه لنفسه عزل لنفسه عن الوكالة ، وهو لا يملك العزل إلا بمحضر من الموكل .

أما إذا وكل بشراء شيء بغير عينه ، فيكون الشراء لنفسه ، إلا أن ينويه للموكل . والوكيل بالشراء لا يملك الشراء من نفسه ، كما لا يملكه الوكيل بالبيع ، وهذا باتفاق الحنفية والشافعية والحنابلة ؛ لأن حقوق العقد كما عرفنا ترجع عند الحنفية والشافعية إلى الوكيل ، ولا يمكن أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً ، مطالِباً ومطالَباً ، ولأنه متهم في الشراء من نفسه . وروي عن الإمام مالك : أنه يجوز للوكيل أن يشتري من نفسه بثمن المثل فأكثر[2] .

كذلك لا يملك الشراء من أبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته ، وكل من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة . وأما عند الصاحبين : فيجوز إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها . وقد ذكرنا أدلة مختلف الآراء في الوكالة بالبيع ، وتعرف آراء المذاهب في الشراء لنفسه وأصوله وفروعه من حكم البيع لنفسه .

وإذا وكل إنسان بشراء طعام ، فيراد به الحنطة والدقيق بقرينة الشراء في العرف .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٩٨ ، الشرح الكبير : ٣/٣٨٢ ، المهذب : ١/٣٥٤ ، المغني : ٥/١٢٤ .

(٢) بداية المجتهد ، المرجع السابق ، المغني : ٥/١٠٧ وما بعدها ، الميزان للشعراني : ٢/٨٥ .

وإذا وكل بشراء لحم ينصرف المقصود إلى اللحم الذي يباع في السوق ، ويشتري الناس منه في الأغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والإبل إن جرت العادة بشرائه ، ولا ينصرف المراد إلى المشوي والمطبوخ إلا إذا كان مسافراً ، ولا إلى لحم الطير والوحش والسمك ولا إلى شاة حية ولا إلى مذبوحة غير مسلوخة ، لعدم جريان العادة بشرائه ، ولا إلى البطن والكرش والكبد والرأس والكراع ، لأنها ليست بلحم عرفاً .

ولو وكل إنسان بشراء سمك ، فيراد به الطري الكبير ، لا المالح ولا الصغير ، لأن العادة كذلك .

ولو وكل بشراء الرأس ، فيقصد منه الرأس النيء لا المطبوخ والمشوي ويحدد المطلوب برأس الغنم دون الإبل والبقر إلا في موضع جرت العادة بما اشتراه .

ولو وكل بشراء فاكهة ، فله أن يشتري أي فاكهة تباع في السوق عادة . وإذا وكل بشراء البيض فيراد به بيض الدجاج . وإذا وكل بشراء لبن فيراد به ما يباع عادة في السوق من الغنم والبقر والإبل .

وبه يلاحظ أن المقصود فيما يوكل الإنسان بشرائه يتحدد بحسب العرف السائد عادة وفعلاً بحسب كل زمان ومكان .

علاقة الوكيل بالشراء بموكله :

إذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله من غير صريح إذن الموكل وقبض المبيع ، فله أن يرجع به على الموكل لوجود الإذن دلالة ؛ لأن حقوق العقد كما سنبين لما كانت عائدة إلى العاقد وقد علم الموكل بالثمن ، يكون راضياً بدفعه . فإن هلك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه عن الموكل ، هلك من مال الموكل ، ولم يسقط الثمن ؛ لأن يده كيد الموكل . وللوكيل بالشراء أن يحبس المبيع في يده حتى يستوفي الثمن ، وإن لم يكن قد دفعه بعد ؛ لأنه مع الموكل بمنزلة البائع . فإن حبسه لاستيفاء الثمن ، فهلك في يده ،

كان مضموناً عليه ضمان الرهن عند أبي يوسف ، فيضمن الأقل من قيمته ومن الثمن ، وضمان الغصب عند زفر فيجب مثله أو قيمته بالغة ما بلغت ، وضمان المبيع عند أبي حنيفة ومحمد ، فيسقط الثمن قليلاً كان أو كثيراً[١] .

وأما علاقة الوكيل بمن تعامل معه لحساب الموكل فهي تنفيذ حقوق العقد ، كدفع الثمن والرد بالعيب ما دام المبيع في يده .

ثانياً ـ حقوق العقد وحكمه في الوكالة :

حقوق العقد : هي الأعمال التي لا بد منها للحصول على الغاية والغرض من العقد ، مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط ، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلاً[٢] .

وقد اتفق الفقهاء على أن الوكيل إذا أضاف العقد إلى الموكل في العقود التي تتم بالإيجاب والقبول كالبيع ، تنصرف حقوق العقد إلى الموكل . فإن أضاف العقد إلى نفسه ، فالقاعدة العامة في التوكيل بالبيع والشراء : أن حقوق العقد ترجع عند الجمهور إلى الوكيل ، فهو الذي يلتزم بتسليم المبيع ويقوم بتسليمه فعلاً وبقبضه ، وهو الذي يقبض الثمن ويطالب به ، ويخاصم في الرد بالعيب ، ونحوها .

وعند الحنابلة ترجع إلى الموكل ، على تفصيل سيأتي قريباً .

قال الحنفية : الوكالة : منها ـ ما لا حقوق له إلا ما أمر به الوكيل ، كالوكالة بتقاضي الدين ، والوكالة بالملازمة[٣] ونحوها .

---

(١) الكتاب مع اللباب : ٢/١٤٣ ، الهداية : ٣/١٤٠ ، تكملة ابن عابدين : ٧/٣٠٤ ، الدسوقي : ٣/٣٨١ ، المهذب : ١/٣٥٣ ، كشاف القناع : ٣/٤٦٠ ، ٤٦٧ .

(٢) الاستحقاق : هو أن يدعي أحد ملكية شيء موجود في يد غيره ويثبتها بالبينة ، ويقضى له بها .

(٣) هو أن يقول إنسان لآخر : وكلتك بأن تلازم فلاناً بمال لي عليه حتى يدفعه لي ، ويختار للملازمة عادة أسفه الناس ومن يتأذى المدين بملازمته .

ومنها ـ ما تعود حقوقه للوكيل ، ومنها ما تعود حقوقه للموكل .

أ ـ والقاعدة العامة في هذا عند الحنفية أن كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفى فيه بالإضافة إلى نفسه : فحقوقه راجعة إلى العاقد ، كالبياعات والأشرية والإجارات والصلح الذي هو في معنى البيع (أي الصلح عن إقرار) فحقوق هذه العقود ترجع للوكيل وعليه ، مثل تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والمطالبة بالثمن إذا اشترى ، وقبض المبيع ، والمخاصمة بالعيب .

فيجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري ، وقبض الثمن . وإذا وجد المشتري بالمبيع عيباً فله أن يخاصم الوكيل ، وإذا ظهر أن المبيع مستحق لغير البائع ، فيجب على الوكيل الضمان ، إلا إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي ليس أهلاً للمسؤولية والتزام الحقوق) كالصبي المحجور عن التصرف ، والقاضي ، وأمين القاضي ، ونحوهم ، فحينئذ ترجع حقوق العقد للموكل نفسه لا إلى الوكيل ، وكذلك ترجع حقوق العقد للموكل ، إذا أضاف الوكيل العقد إلى الموكل .

وللوكيل أن يوكل غيره في تحمل حقوق العقد ، وليس للموكل أن يباشر شيئاً منها بنفسه ما دام الوكيل قائماً ، فإذا طالب الموكل بالبيع المشتري بالثمن ، فللمشتري أن يمنعه من قبضه ؛ لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه ؛ لأن الحقوق إلى العاقد . فإن دفع المشتري الثمن إلى الموكل جاز ؛ لأن نفس الثمن المقبوض يعتبر حقه ، وليس للوكيل أن يطالبه به ثانياً لعدم الفائدة لأنه لو أخذه منه لوجب عليه إعادته له .

ب ـ وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ، أي أن يذكر اسم الموكل في عبارته ليدل على أنه يتصرف له : فحقوقه ترجع إلى الموكل كالنكاح ، والطلاق على مال ، والخلع ، والصلح عن دم العمد ، والصلح عن إنكار المدعى عليه ، ونحوها ، فحقوق هذه العقود تكون للموكل وعليه ، والوكيل فيها يكون سفيراً ومعبراً محضاً ، حتى إن وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر ، وإنما

يطالب به الزوج ، إلا إذا ضمن المهر ، فحينئذ يطالب به بحكم الضمان ، ووكيل المرأة في النكاح لا يملك قبض المهر ، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها . وكذا الوكيل بالخلع لا يملك قبض بدل الخلع إن كان وكيلاً عن الزوج ، وإن كان وكيلاً عن المرأة لا يطالب ببدل الخلع إلا بالضمان ، وكذا الوكيل بالصلح عن دم العمد .

جـ - وكذلك العقود التي لا تتم إلا بالقبض ، أي العقود العينية كالهبة والقرض والإعارة والرهن ونحوها لا بد من إضافتها إلى الموكل وترجع الحقوق له ، وإلا وقع العقد للوكيل . والسبب في أن هاتين الفئتين من العقود لا بد فيها من نسبة العقد للأصيل : هو أنه يكون للاعتبار الشخصي فيها المقام الأول .

هذا مذهب الحنفية[1] ، ويذكرون في كتبهم كعادتهم في كثير من الأحيان : أن **الشافعية** يخالفونهم ، فيجعلون حقوق العقد راجعة للموكل دون الوكيل[2] ، إلا أن الواقع يوجب الاعتماد في نقل أحكام المذاهب على الكتب المعتمدة عند أصحابها ، ففي كتاب المنهاج للنووي نص صريح على أن أحكام العقد أي (حقوقه) تتعلق بالوكيل دون الموكل[3] ، فهم كالحنفية في هذا .

وكذلك قال **المالكية** : ترجع حقوق العقد للوكيل من قبض الثمن وغيره لا للموكل[4] .

---

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٠٩ ، البدائع : ٣٣/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٦/٦ وما بعدها ، رد المحتار : ٤١٩/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٤٣ ، الكتاب مع اللباب : ١٤١/٢ .

(٢) راجع البدائع مثلاً : ٣٣/٦ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٢٥٦/٤ ، تكملة فتح القدير : ١٧/٦ .

(٣) نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي : ٤٧/٤ ، مغني المحتاج للخطيب الشربيني : ٢٣٠/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٥٣/١ .

(٤) الشرح الصغير : ٥٠٦/٣ وما بعدها ، المدونة الكبرى : ٨٣/١٠ ، ١٨٦ ، ط ١٣٢٣ هـ . قال العلامة خليل وشارحه الدردير : ٣٨٢/٣ : وطولب الوكيل بالعهدة من عيب أو استحقاق ما لم يعلم المشتري أنه وكيل (أي كالسمسار) وإلا فالطلب على الموكل لا الوكيل إلا أن يكون مفوضاً أي فإن كان مفوضاً كان للعاقد الرجوع عليه وعلى الموكل ، كالشريك المفوض .

أمـا **الحنـابلـة** فيقولون : إن حقوق العقـد ترجع للموكل دون الـوكيـل ؛ لأن الوكيل عندهم مجرد سفير ومعبر عن العاقد الأصيل[1] . وفي هذا الرأي إضاعـة للغرض من الوكالة ؛ لأن الموكل يوكل غيره في أموره ليخفف من عناء مباشرتـه لهـا بنفسـه أو لأنه لا يليق به أن يباشرها ، أو لعـدم قـدرتـه على القيـام بهـا ، فـإذا عـادت الحقوق للموكل نفسه لم يتحقق له الغرض من الوكالة[2] .

هذا الاختلاف بين المذاهب محصور فيما إذا لم يصرح الوكيل بأن التعاقد لحساب الأصيل ، فإن صرح بأن التعاقد باسم الأصيل فالمـذاهب مجمعـة على ثبوت حكم العقـد وحقوقه معاً تقع للأصيل دون النائب .

يستفـاد من هـذا البحث معرفـة حقوق كل من الموكل والوكيـل وواجبـاتها في البيع ، فواجبات الموكل في الوكالة بالبيع : تحمل الخسارة العارضـة إذا لم يكن تعـد أو تفريط ، ودفع الأجر للوكيل إن كانت الوكالة بأجر ونفذ العمل ، وحق الموكل تنفيذ الوكيل ما التزم به في حقه .

وواجبات الوكيل بالبيع : التقيد بـالقيود ومراعـاة الشروط المبينـة في الوكالـة المقيدة ، ومراعاة العرف والعادة في الوكالة المطلقة .

وواجبات الموكل في الوكالة بالشراء : دفع ثمن السلعـة المشتراة ، وتحمل الخسـارة العـارضـة في التصرف الموكل فيـه إذا لم تكن بتعـدٍ أو تفريـط ، ودفع أجر الوكيل إن كانت الوكالة بأجر .

وواجبـات الوكيـل بـالشراء : الشراء بثمن المثـل عمـلاً بـالعرف ، وشراء السلعـة السليمة من العيوب عند الجمهور غير أبي حنيفة ، وعليه عند الحنفيـة شراء الشيء المعين

---

(١) كشاف القناع : ٤٦٧/٤ ، المغني : ٩٧/٥ ، غاية المنتهى : ١٥٦/٣ ، مطالب أولي النهى : ٤٦٢/٣ .

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٣٧٦ .

للموكل لا لنفسه وأقاربه ، وعليه عند المالكية فعل كل ما فيه مصلحة للموكل ، فإن خالف الوكيل شروط الموكل كان عند الحنفية مشترياً لنفسه .

وحقوق الوكيل بالشراء : الشراء بأقل مما عينه له الموكل ؛ لأنه خلاف إلى خير ، والرجوع على الموكل بما دفع من ماله ثمناً للسلعة المشتراة للموكل ، وحبس ما اشتراه للموكل حتى يستوفي الثمن منه ، والرد بالعيب ما دام المعيب في يده .

حكم العقد : تكلمنا عن حقوق عقد الوكالة التي ترجع إلى الوكيل عند الحنفية والشافعية . وقد رأينا من المناسب أن نذكر حكم العقد هنا استطراداً .

المراد بحكم العقد : هو الغرض والغاية منه :

أ ـ ففي عقد البيع ونحوه مما يتوقف على الإيجاب والقبول يكون الحكم هو ثبوت الملكية في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع . وقد اتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة وكيل يقع للموكل نفسه لا للوكيل ؛ لأن الوكيل متكلم باسم الموكل وعاقد له ، فهو قد استمد ولايته منه . وينصرف حكم العقد للموكل عند الجمهور مطلقاً ، سواء أضاف الوكيل العقد لنفسه أم أسنده إلى الموكل . وعند المالكية : ينصرف الحكم للموكل إذا أعلن الوكيل في العقد أنه يعمل لحساب موكله .

وتثبت الملكية للموكل مباشرة بمجرد تمام العقد أي من ابتداء الأمر دون حاجة لثبوتها للوكيل أولاً ، ثم انتقالها عنه لموكله ، وهذا في المذاهب الأربعة ؛ لأن الوكيل يعمل في الحقيقة لموكله وبأمره[1] . ويترتب عليه أن المسلم لو وكل ذمياً بشراء خمر أو خنزير لم يصح الشراء ؛ لأن المسلم ليس له أن يتملك شيئاً من هذين . هذا هو مذهب الحنفية لا ما تذكره كتب الحنابلة والمالكية من أن مذهب أبي حنيفة أن الملكية تنتقل إلى الوكيل ثم إلى الموكل .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي : ٢٥٦/٤ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ١٣٧ ، المغني لابن قدامة : ١٣٠/٥ ، مغني المحتاج : ٢٢٩/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ ، المهذب : ٣٥٦/١ .

ب ـ العقود التي لا تتم إلا بالقبض كالهبة والإعارة : يقع حكم العقد للموكل ولو أضاف الوكيل العقد لنفسه بأن قال : وهبت أو أعرت هذا الشيء ؛ لأن الوكيل في هذه العقود مجرد سفير ومعبر .

جـ ـ عقد الزواج : إذا أضاف العقد لموكله بأن قال : تزوجك فلان ، انصرف حكمه إلى الموكل . وإذا أضافه إلى نفسه فقال : تزوجتك ، كان الزواج له لا لموكله .

د ـ الطلاق مثل الزواج في التفصيل السابق ، إن كان وكيلاً عن الزوج ، فإن كان وكيلاً عن الزوجة ، فلا بد من إضافة الطلاق إليها ، فيقول : طلِّق فلانة على كذا .

ثالثاً ـ حال المقبوض في يد الوكيل :

اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها ؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد الوديع ، فيضمن بما يضمن في الودائع ، ويبرأ بما يبرأ فيها ، ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه[1] . ومجمل القول في سبب الحكم : هو أن الوكيل أمين فلا ضمان عليه لموكله إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط ، ويتحمل الموكل الخسارة العارضة إذا لم تكن بتعدٍ أو تفريط من الوكيل .

وبناء على هذه القاعدة ذكر ابن قدامة في المغني حكم ستة أحوال يختلف فيها الوكيل والموكل عادة ، نذكرها باختصار :

أحدها ـ أن يختلفا في تلف أو ضياع المال ، فقال الوكيل : تلف مالك في يدي ، أو ضاع ، فيكذبه الموكل ، فالقول بالاتفاق قول الوكيل مع يمينه ، لأنه أمين ، وهذا مما يتعذر

---

(١) راجع البدائع : ٣٤/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٥١ ، درر الحكام : ٢٨٧/٢ ، بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ ، الشرح الصغير : ٥١٩/٣ ، مغني المحتاج : ٢٣٠/٢ ، المهذب : ٣٥٧/١ وما بعدها ، المغني : ٩٤/٥ .

إقامة البينة عليه ، فلا يكلف بالبينة كالوديع . واستثنى الحنابلة حالة ادعاء الوكيل التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب ونحوهما ، فعليه إقامة البينة على وجود التلف .

ثانيها ـ أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر الموكل ، مثل : أن يدعي عليه أنه حمل الدابة فوق طاقتها أو فرط في حفظها ، أو أمره برد المال فلم يفعل ، ونحوها ، فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه ، لأنه أمين كما ذكرنا . والمشهور عند المالكية أن يحكم بقول الموكل[1] .

والوكيل أمين سواء أكانت الوكالة بجعل أم بغير جعل ؛ لأن الوكيل نائب عن الموكل في اليد (أي الحيازة) والتصرف ، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك ، فلا يضمن ما تلف في يده بلا تعد .

ثالثها ـ أن يختلفا في التصرف ، فيقول الوكيل : بعت الثوب وقبضت الثمن ، فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض . أو يقول : بعت ولم تقبض شيئاً ، أي أن الخلاف إما في حدوث البيع ، أو في قبض الثمن بعد الاتفاق على البيع ، فالقول قول الوكيل عند الحنابلة والحنفية ؛ لأنه يملك البيع والقبض ، فيقبل قوله فيهما[2] .

وعند الشافعية قولان : أصحهما أنه يصدق قول الموكل بيمينه ؛ لأن الأصل عدم التصرف ، وبقاء ملك الموكل[3] .

رابعها ـ أن يختلفا في رد الشيء الموكل فيه إلى الموكل ، فيدعيه الوكيل وينكره الموكل ، فالقول قول الوكيل عند أئمة المذاهب الأربعة في الراجح منها ، سواء أكانت الوكالة بجعل أم بغير جعل ؛ لأن الموكل ائتمنه ، وإذا كانت الوكالة بجعل ، فإن الوكيل ينتفع بالعمل بالعين لا بالعين نفسها ، فلم يكن قبضه لنفع نفسه كالمستعير[4] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٣٦/٦ ، المغني : ٩٥/٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٣٥/٢ ، المهذب : ٣٥٧/١ .

(٤) البدائع ، المرجع السابق ، المبسوط : ١٩/ ١٠ ، المغني ، المرجع السابق : ص٩٦ ، مغني المحتاج : ٢/ ٢٣٥ ، المهذب : ١/ ٣٥٨ ، بداية المجتهد : ٢/ ٢٩٩ .

خامسها ـ إذا اختلفا في أصل الوكالة ، فقال الوكيل : وكلتني ، فأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل في المذاهب الأربعة ؛ لأن الأصل عدم الوكالة ، فلم يثبت أنه أمينه ، ليقبل قوله عليه[1] .

سادسها ـ أن يختلفا في صفة الوكالة بأن يقول الوكيل : وكلتني في البيع نسيئة ، أو الشراء بعشرين ليرة مثلاً ، أو ببيع هذا الكتاب ، فقال الموكل : بل نقداً ، أو بعشرة ، أو هذا القلم ، فالقول قول الموكل بيمينه في المذاهب الأربعة ؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما ذكره الوكيل ، ولأن الموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه[2] .

وإن تنازعا في الثمن المدفوع للسلعة في الوكالة بالشراء فالقول عند الحنفية قول الوكيل إن كان الشيء يساوي ما ادعاه الوكيل ، وإن كان لا يساويه فالقول قول الموكل . وقال الشافعية والحنابلة : القول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأنه أمين[3] . وإن تنازعا في نوع الشيء المشترى كأن اشترى الوكيل تمراً فزعم الموكل أنه أمره بشراء عنب ، فالقول قول الوكيل مع يمينه[4] .

المبحث الرابع ـ تعدد الوكلاء

قد يتعدد الوكلاء عن الشخص الواحد في التصرفات والخصومات ، أو المرافعة أمام القضاء كما يحدث عادة في كثير من الأحيان ، فيكون هناك وكيلان أو أكثر.

فإن وكل إنسان وكلاء متعددين كلاً في عقد خاص وأعمال خاصة ، كان للواحد منهم عند الحنفية أن يقوم بما وكل فيه وحده دون حاجة لاستشارة غيره . وإن كانت

---

(١) المغني ، المرجع السابق : ص٩٧ ، مغني المحتاج : ٢/٢٣٣ ، الشرح الكبير : ٣/٣٩٣ .

(٢) المراجع السابقة ، الهداية : ٣/١٤٧ .

(٣) الهداية : ٣/١٤٤ ، تكملة المجموع : ١٣/٦٠٦ ، المغني : ٥/٩٥ .

(٤) الدسوقي : ٣/٣٩٣ .

الوكالة لعمل واحد كان لأي وكيل القيام به وحده أيضاً .

وإن كانت الوكالة للجميع في عقد واحد فليس لأحدهم ـ دون إذن الموكل ـ الانفراد بالقيام بما وكلوا فيه ، إلا إذا كان التصرف مما لا يحتاج لتبادل الرأي كرد الودائع ووفاء الديون ، أو مما لا يمكن الاجتماع فيه كالوكالة بالخصومة أي المرافعة أمام مجلس القضاء ، وكالطلاق .

وأجاز المالكية تعدد وكلاء الخصومة بشرط موافقة الخصم على التعدد . ولم يجز الشافعية لأحد وكلاء الخصومة المتعددين الانفراد بالخصومة ؛ لأن الموكل لم يرض إلا بتصرفهما معاً وعند الحنابلة قولان : قول كالشافعية ، وقول يجيز الانفراد بالتصرف عرفاً[1] .

هذه هي القواعد العامة لتعدد الوكلاء ، وتطبيقها يظهر في استعراض أنواع الوكالات فيما يأتي :

إذا **كان التصرف مما يحتاج فيه لأخذ الرأي** ، فليس لأحد الوكلاء أن يتصرف فيما وكلوا به دون الآخرين ؛ لأن الموكل رضي برأيهم المشترك ، لا برأي أحدهم ، فإذا وكل اثنان بالبيع ، فلا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبه ، ولو فعل لم يجز البيع حتى يجيزه صاحبه ، أو الموكل ؛ لأن البيع يحتاج فيه إلى أخذ الرأي ، والموكل رضي برأيهما ، لا برأي أحدهما .

وإذا وكل اثنان بالشراء فلا يملك أحدهما الانفراد بالتصرف إلا أنه في الشراء إذا اشترى أحدهما بدون وجود الآخر ينفذ العقد على المشتري ، ولا يقف على الإجازة ، بخلاف البيع ؛ لأن الوكيل بالشراء متهم بمراعاة مصلحته كما عرفنا .

وإذا وكل اثنان بعقد الزواج أو الطلاق على مال ونحوهما من كل عقد فيه

---

(١) الشرح الصغير: ٣/٥٠٥، تكملة المجموع: ١٣/٥٥٧، الفروع لابن مفلح المقدسي: ٢/٦٩٣.

عوض مالي ، فلا يملك أحدهما إجراء العقد بدون الآخر ؛ لأن الأمر هنا يحتاج إلى تبادل وجهات النظر وأخذ الآراء .

والوكيلان بقبض الدين لا يملك أحدهما أيضاً أن يقبض دون وجود صاحبه ؛ لأن قبض الدين مما يحتاج إلى أخذ الرأي والأمانة ، وقد فوض الموكل الرأي لهما ، لا إلى أحدهما ، ورضي بأمانتهما ، لا بأمانة أحدهما .

وأما إذا كان **التصرف مما لا يحتاج فيه لأخذ الرأي** ، فيملك أحد الوكيلين أن ينفرد بالتصرف دون الآخر ، مثل الوكيلين بالطلاق بغير عوض ، أو برد الوديعة أو قضاء الدين ، فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به ؛ لأن هذه التصرفات مما لا يحتاج فيها إلى أخذ الرأي ، وإنما هي تعبير محض ، وعبارة الواحد أو أكثر سواء .

وأما الوكيلان بالخصومة أي القيام بالمرافعة فعلاً أمام المحكمة فكل واحد منهما يتصرف بانفراده عند جمهور الحنفية ؛ لأن الاجتماع فيها في وقت واحد أمر متعذر ؛ لأن الغرض من الخصومة إعلام القاضي بما يملكه الخصم من وسائل الدفاع واستماع القاضي إليها ، واجتماع الوكيلين على الدفاع يخل بالإعلام والاستماع ، كما هو واضح . أما إعداد المذكرات للدفاع بها فيمكن طبعاً الاجتماع على تحضيرها ، كما يمكن تقسيم الدفاع على المحامين الموكلين فيما بينهم ، فيقوم كل واحد منهما بقسم منه .

وقال زفر : لا ينفرد أحد الوكيلين بالخصومة بالقيام بها دون الآخر ؛ لأن الخصومة مما تحتاج إلى أخذ الرأي ، ولم يرض الموكل برأي أحدهما[1] .

وقال الجمهور[2] (المالكية والشافعية والحنابلة) : إذا تعدد الوكلاء فليس لأحدهم الانفراد بالتصرف بدون مشاورة الآخر ؛ لأنه لم يرض بتصرف أحدهما دون الآخر ، إلا إذا أذن لهما الموكل بإفراد التصرف ، فيجوز لكل واحد منهما أن يستقل بالتصرف .

---

(١) انظر البدائع : ٦/٣٢ ، تكملة فتح القدير : ٦/٨٦-٨٨ .

(٢) الخرشي : ٦/٨٢ ط ثانية ، المهذب : ١/٣٥١ ، المغني : ٥/٨٧ .

المبحث الخامس ـ طرق انتهاء الوكالة

صفة عقد الوكالة : اتفق الفقهاء[١] على أن عقد الوكالة بغير أجر جائز غير لازم بالنسبة للعاقدين ، أما من جانب الموكل : فلأنه قد يرى المصلحة في ترك ماوكل فيه ، أو في توكيل شخص آخر .

وأما من جانب الوكيل : فلأنه قد لا يتفرغ لأعمال الوكالة ، فيكون لزوم العقد مضراً بالطرفين . وبناء عليه لكل من طِرفي عقد الوكالة الرجوع عنه متى شاء ، وتنتهي حينئذ الوكالة . وسنبحث هنا طرق انتهاء الوكالة .

وأما الوكالة بأجر : فإن كانت على سبيل الجعالة بأن لم يعين في العقد الزمن أو العمل فهي غير لازمة أيضاً بالاتفاق ، إلا أن المالكية قالوا : تلزم الجاعل فقط بعد الشروع في العمل .

وإن كانت على سبيل الإجارة بأن عين الزمن والعمل كالبياع والسمسار ، فهي لازمة عند الحنفية وفي المشهور لدى المالكية ؛ وغير لازمة عند الشافعية والحنابلة .

وتنتهي الوكالة بأمور كثيرة وهي[٢] :

١ ـ عزل الموكل وكيله : تنتهي الوكالة بالاتفاق بعزل الموكل وكيله ؛ لأن الوكالة كما عرفنا عقد غير لازم ، فكان بطبيعته قابلاً للفسخ بالعزل ، ولكن يشترط لصحة العزل عند الحنفية شرطان :

---

(١) البدائع : ٣٧/٦ ، تكملة ابن عابدين : ٣٥١/٧ ، الحطاب : ٢١٥/٥ ، بداية المجتهد : ٢٩٧/٢ ، مغني المحتاج : ٢٣١/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٥٦/١ ، المغني : ١١٣/٥ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٣٩٦/٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٤٣٣/٤ ، وانظر حالات لزوم الوكالة المستثناة في كل مذهب من المذاهب ماعدا الحنابلة في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة : ٢٧٨/٣ـ ٢٨٢ .

(٢) راجع مذهب الحنفية في البدائع : ٣٧/٦ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص١٠٩ ، تكملة فتح القدير : ١٢٣/٦ وما بعدها ، المبسوط : ١٢/١٩ وما بعدها ، الدر المختار : ٤٣٤/٤ ، الكتاب مع اللباب : ١٤٥/٢ ، تكملة ابن عابدين : ٣٠٨/٧ .

أحدهمـا ـ أن يعلم الوكيل بـالعزل ؛ لأن العزل فسخ للعقـد ، فلا يلزم حكمـه إلا بعـد العلم بـه كالفسخ . والعلم بـالعزل يتم إمـا بحضور الوكيل ، أو بـالكتـابـة لـه ، أو بإرسال رسول إليه ، أو بإخبـار رجلين أو رجل واحـد عـدل ، أو غير عـدل وصـدقـه بالعزل . وأما قبل العلم بـالعزل ، فتكون تصرفـات الوكيل كتصرفـاتـه قبل العزل في جميع الأحكام .

وهذا الشرط مشروط أيضاً في الأرجح عند المالكية وفي رواية عن الإمام أحمد .

والسبب في اشتراط هـذا الشرط هو أن العزل يترتب عليـه إضرار بـالوكيل من ناحيتين : أولهما ـ أنه يترتب عليه إبطال ولايته بالعزل . وثانيهما ـ أنـه يكون متحملاً لحقوق العقد ، فيدفع الثمن إن كان وكيلاً بالشراء ، ويسلم المبيع إن كان وكيلاً بالبيع .

وقال الشافعي في الأصح عنده ، وأحمد في الرواية الثانية عنه وهي الراجحـة في مذهبـه : لا يشترط هـذا الشرط ، فلو عزل الموكل وكيلـه في حضوره أو أثنـاء غيبتـه انعزل في الحـال ، لأنـه رفع عقـد لا يفتقر إلى رضـا صـاحبـه ، فـلا يحتـاج إلى علمـه كالطلاق ، وقياساً على ما لو وكل شخص غيره ، وكان الوكيل غائباً[1] .

واتفقت المذاهب على أنه في حال عزل الوكيل نفسه عن الوكالـة يشترط إخبـار الموكل بالأمر ، صيانة لحق الموكل ، ومنعاً من التغرير به .

ثانيهما ـ ألا يتعلق بالوكالـة حق للغير ، فـإذا تعلق حق للغير بهـا لم يصح العزل بغير رضـا صـاحب الحق ، مثل وكيل المـدين ببيع الرهن لسـداد الـدين عنـد حلول الأجل ، فإنه لا يملك المدين الموكل عزل وكيلـه هـذا إلا برضـا الـدائن ، لتعلق حقـه بالوكالـة إذ أنـه يريـد أخـذ دينـه عن طريق بيع العين . ومثل وكيل الزوج بطلاق زوجته متى شاء ، فإنه لا يملك الزوج الموكل الرجوع عن وكالته إلا برضا المرأة . ومثل

---

(١) بداية المجتهد : ٢٩٨/٢ ، الشرح الكبير : ٣٩٦/٣ ، مغني المحتاج : ٢٣٢/٢ ،المهـذب : ٣٥٦/١ ، المغني : ١١٣/٥ومـا بعدها ، غاية المنتهى : ١٥٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص٣٢٩ .

الوكالة بالخصومة بطلب الدائن عند غيبة المدين ، كأن يكون لشخص عند آخر دين ، ثم يعزم المدين السفر إلى بلاد بعيدة ، فيطلب صاحب الدين من المدين أن يوكل عنه شخصاً ليخاصمه في طلب الدين حال غيابه ، فوكل عنه بناء على هذا الطلب ، فيصبح هذا الوكيل غير قابل للعزل ، لأنه قام مقام المدين الغائب ، وليس لصاحب الدين من يطالبه بدينه سواه ، فلو عزله ضاع عليه حقه .

٢ـ **تصرف الموكل فيما وكل به :** أي أن يقوم الموكل صاحب الشأن بالعمل الذي وكل فيه غيره ، كأن يوكل إنسان غيره ببيع شيء ثم يبيعه الموكل ، فتنتهي الوكالة بالاتفاق[١] ؛ لأن العقد يصبح حينئذ غير ذي موضوع ، فينعزل الوكيل وإن لم يعلم بالعزل .

٣ـ **انتهاء الغرض من الوكالة :** وهو أن يتم تنفيذ التصرف الذي وكل فيه ، لأن العقد يصبح حينئذ غير ذي موضوع .

٤ـ **خروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية :** بموت بالاتفاق أو جنون مطبق[٢] عند الجمهور خلافاً للشافعية ، أو حجر عليه لسفه باتفاق المذاهب الأربعة ، وألحق الشافعية الإغماء بالجنون في الأصح عندهم . وقال غيرهم : الإغماء لا يخرج عن أهلية التصرف . ولا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن يعلم العاقد بخروج الطرف الآخر عن الأهلية بهذه العوارض[٣] . وقال المالكية : الأرجح أن الوكيل لا ينعزل بموت الموكل حتى يعلم به[٤] .

---

(١) المبسوط : ١٩/ ٥٠ ،الشرح الصغير : ٣/٥٢٣ ، كشاف القناع : ٣/٤٥٧ .

(٢) المطبق : أي الدائم ، ومنه الحمى المطبقة أي الدائمة التي لا تفارق ليلاً ولا نهاراً . وقد اشترط الجمهور كون الجنون مطبقاً ، وقال الشافعية : تنتهي الوكالة بالجنون وإن زال عن قرب .

(٣) البدائع : ٦/٣٨ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٦/١٢٦ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/٢٣٢ ، المغني : ٥/١١٣ ، المهذب : ١/٣٥٧ ، المبسوط : ١٩/١٣ .

(٤) بداية المجتهد : ٢/٢٩٨ ، الشرح الكبير : ٣/٣٩٦ ، مغني المحتاج : ٢/٢٣٢ ، المغني : ٥/١١٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٩ .

واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق، فقال أبو يوسف: هو ما استوعب شهراً؛ لأن الشهر يسقط به صوم شهر رمضان.

وقال محمد: هو ما استوعب حولاً كاملاً؛ لأن الحول يسقط به جميع العبادات فيقدر به احتياطاً. قال قاضي زاده صاحب تكملة فتح القدير: والمختار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدر بالشهر؛ لأن ما دون الشهر في حكم العاجل، فكان قصيراً، والشهر فصاعداً في حكم الآجل، فكان طويلاً، قال صاحب الدر: وبه يفتى.

٥ ـ **لحاق الموكل مرتداً بدار الحرب**: وهذه الحالة عند أبي حنيفة؛ لأنه يصير حينئذ من أهل الحرب. وقال الصاحبان: لا تنتهي الوكالة بذلك؛ لأن تصرفات المرتد عندهما نافذة، فلا تبطل الوكالة إلا بموته أو بقتله بسبب ردته، أو بحكم القاضي بلحاقه. وأما مذهب أبي حنيفة في هذا فهو أن تصرفات المرتد موقوفة عنده، ومنها الوكالة، فإن أسلم الموكل نفذت، وإن قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة.

وأما الوكيل إذا لحق بدار الحرب مرتداً فإنه لا يخرج عن الوكالة باتفاق الحنفية إلا أن يقضي القاضي بلحاقه، لكن بمجرد لحوقه لا يجوز له التصرف إلا أن يعود مسلماً، فإن عاد مسلماً من دار الحرب إلى دار الإسلام قال محمد: تعود الوكالة إليه لزوال المانع من التصرف. وقال أبو يوسف: لا تعود الوكالة؛ لأنه بلحاقه بدار الحرب يلحق بالأموات، فيبطل ما ملكه من ولاية تنفيذ التصرف على الموكل، وإذا بطلت الولاية بطل التوكيل، وإذا بطلت الولاية لا تعود.

وقال المالكية: ينعزل الوكيل بردته أيام الاستتابة، وأما بعدها فإن قتل انعزل، وإن أخر قتله لمانع كوجود حمل عند المرأة، فإن العلماء ترددوا في عزله، وكذا ينعزل بردة الموكل بعد مضي أيام الاستتابة، ولم يرجع ولم يقتل لمانع[1].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٩٦/٣.

وقال الشافعية والحنابلة : لا تبطل الوكالة بردة الوكيل ، سواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الإسلام ؛ لأن الردة لا تمنع ابتداء وكالته ، فلم تمنع استدامتها كسائر أنواع الكفر . وأما ارتداد الموكل فلا يبطل الوكالة فيما له التصرف فيه عند الحنابلة ، وهو الظاهر عند الشافعية لعدم زوال ملكه[1] .

٦ـ **عزل الوكيل نفسه أو أن يخرج الوكيل نفسه من الوكالة :** إذا قال الوكيل : عزلت نفسي أو رددت الوكالة أو خرجت منها ونحوها انعزل[2] ، لدلالة ذلك عليه . وقد اشترط الفقهاء لانتهاء الوكالة بما ذكر أن يعلم الموكل بهذا ، حتى لا يتضرر مما فعل الوكيل .

وذكر المالكية أن للوكيل بغير أجر أن يعزل نفسه متى شاء إلا حيث يمنع موكله من عزل نفسه .

٧ـ **هلاك العين الموكل بالتصرف فيها :** تنتهي الوكالة أيضاً باتفاق الفقهاء[3] بهلاك العين التي وكل فيها إنسان بالتصرف فيها بالبيع أو الشراء ، أو الإيجار مثلاً ؛ لأن العقد يصبح في هذه الحالة غير ذي موضوع ، فيكون التصرف في المحل المعقود عليه غير متصور بعد هلاكه ، والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال ، فتبطل الوكالة .

٨ـ **خروج الموكل فيه عن ملك الموكل :** كأن وكله ببيع منزل فصادرته الدولة ، فتزول الوكالة[4] .

٩ـ **الإفلاس :** تنتهي الوكالة بإفلاس الموكل إذا كانت الوكالة بأعيان ماله ؛ لأنه

---

(١) المغني : ٥/١١٦ ، كشاف القناع : ٣/٤٥٨ ، مغني المحتاج : ٢/٢١٩ ، تحفة المحتاج : ٥/٣٤١ ، المهذب : ١/٣٥٧ .

(٢) مغني المحتاج : ٢/٢٣٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٩ .

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/٤٩٣ ، المغني : ٥/١١٦ .

(٤) المبسوط : ١٩/٥٠ ، مغني المحتاج : ٢/٢٣٢ ، المغني : ٥/١١٦ .

بالإفلاس ينتقل مال الموكل لغرمائه[1].

١٠ ـ **الجحود**: تنتهي الوكالة عند الحنفية والشافعية بجحودها من الموكل أو الوكيل؛ لأن الجحود بمثابة رد الوكالة. ولا تبطل الوكالة عند الحنابلة بالجحود[2].

١١ ـ **التعدي**: تنتهي الوكالة في أحد وجهين عند الشافعية بتعدي الوكيل في التصرف الموكل فيه، كأن يوكله ببيع ثوب فيلبسه؛ لأن الوكالة عقد أمانة تبطل بخيانة الوكيل فيها. وفي الوجه الثاني لا تبطل، وإنما تبطل الأمانة ويصير ضامناً، ويبقى التصرف[3]، ويظهر لي أن الوجه الثاني أصح وهو رأي الحنابلة.

١٢ ـ **الفسق**: تبطل الوكالة عند الشافعية والحنابلة بفسق الوكيل في عقد ينافيه الفسق كإيجاب في الزواج لخروجه عن أهلية التصرف[4]، بخلاف قبول الزواج أو الشراء.

١٣ ـ **الطلاق**: قال المالكية: ينعزل الزوج عن وكالته لزوجته بالطلاق إذا طلقها؛ لأن الطلاق بيده، ولا تنعزل الزوجة عن وكالتها بطلاقه لها، إلا أن يعلم من الزوج كراهة ذلك منه. وقال الحنابلة: لا تبطل الوكالة بطلاق امرأة وكلها زوجها بشيء[5].

١٤ ـ **مضي الوقت**: تنتهي الوكالة بمضي المدة المحددة لها كعشرة أيام مثلاً عند الشافعية والحنابلة، ولا تنتهي به على الأصح عند الحنفية[6].

هذه هي أهم الحالات التي تنتهي بها الوكالة عند الفقهاء، وهي فيما عدا حالة العزل تنتهي بها الوكالة على رأي الحنفية، سواء علم بها الوكيل أم لم يعلم.

---

(١) الدسوقي: ٣/٢٩٦، المغني والشرح الكبير: ٥/٢١٣.

(٢) تكملة رد المحتار: ٧/٢٨٧، مغني المحتاج: ٢/٢٣٣، كشاف القناع: ٢/٤٥٨.

(٣) المهذب: ١/٣٥٧، تكملة المجموع: ١٣/٦٠٠.

(٤) تكملة المجموع: ١٣/٥٦٦، كشاف القناع: ٣/٤٥٧.

(٥) الدسوقي: ٣/٢٩٦، كشاف القناع: ٣/٤٧٠.

(٦) تكملة رد المحتار: ٧/٢٩٣، مغني المحتاج: ٢/٢٣٣، كشاف القناع: ٣/٤٦٠.

الفصل العاشر

الكَفَالة

الكفالة والحوالة والرهن هي عقود الاستيثاق ، نبحثها تباعاً .

خطة الموضوع وأسماء الكفالة :

الكفالة لها أسماء وهي : كفالة وحمالة وضمانة وزعامة . ويقال للملتزم بها : ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير . قال الماوردي من كبار الشافعية : غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع .

والكلام عن هذا العقد في المباحث الخمسة الآتية :

المبحث الأول ـ مشروعية الكفالة وتعريفها وركنها وألفاظها .

المبحث الثاني ـ شرائط صحة الكفالة .

المبحث الثالث ـ أحكام الكفالة .

المبحث الرابع ـ انتهاء الكفالة .

المبحث الخامس ـ رجوع الكفيل على الأصيل (المكفول عنه) .

المبحث الأول : مشروعية الكفالة وتعريفها وركنها وألفاظها :

مشروعية الكفالة : الكفالة في الجملة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ قال ابن عباس : الزعيم : الكفيل .

وأما السنة : فقوله عليه الصلاة والسلام : « الزعيم غارم » رواه أبو داود والترمذي وحسنه ، وابن حبان وصححه[1] . وجاء في صحيح البخاري أن النبي ﷺ أتي بجنازة رجل ليصلي عليه ، فقال : « هل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران[2] . فقال : صلوا على صاحبكم . قال أبو قتادة : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه النبي ﷺ »[3] .

وأما الإجماع : فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة لحاجة الناس إليها ودفع الضرر عن المدين[4] . وإنما اختلفوا في بعض الفروع التي سنذكرها إن شاء الله تعالى . ويلاحظ أن الكفالة بالنية الحسنة تكون طاعة يثاب عليها فاعلها . أما في الواقع ، فأولها ملامة ، وأوسطها ندامة ، وآخرها غرامة[5] ، فبعد تمامها في أول الأمر يلوم الكفيل نفسه أو يلومه الناس ، وعند المطالبة بالمال يندم على إتلافه لماله ، ثم بعدئذ يغرم المال .

---

(١) روي عن ثلاثة من الصحابة وهم : أبو أمامة الباهلي ، وأنس بن مالك ، وعبد الله بن عباس ، وقد تقدم تخريجه (انظر جامع الترمذي : ٦/٢٩٥ ، ط حمص) .

(٢) وفي لفظ : ثلاثة دنانير .

(٣) أخرجه البخاري وأحمد والنسائي وابن حبان عن سلمة بن الأكوع ، وروى أحمد وأصحاب السنن إلا أبا داود هذه القصة من حديث أبي قتادة ، وصححه الترمذي ، وقال فيه النسائي وابن ماجه : فقال أبو قتادة : « أنا أتكفل به » وهذا صريح في الإنشاء لا يحتمل الإخبار بما مضى . وروى القصة أيضاً أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والدارقطني والحاكم عن جابر بن عبد الله . وفي موضوع القصة روى الدارقطني والبيهقي حديثاً عن أبي سعيد الخدري بأسانيد ضعيفة ، وفي موضوعها أيضاً روى البزار ورجاله رجال الصحيح حديثاً عن أبي هريرة . ورواية القصة بأن الدين كان درهمين وأن الكفيل كان علياً بن أبي طالب رواية ضعيفة ، كما قال ابن حجر (راجع التلخيص الحبير : ص ٢٥٠ وما بعدها ، مجمع الزوائد : ٤/١٢٧ ، سبل السلام : ٣/٦٢ ، نيل الأوطار : ٥/٢٣٧ وما بعدها) .

(٤) سبل السلام : ٣/٦٢ ، المبسوط : ١٩/١٦٠ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/١٩٨ ، المغني : ٤/٥٣٤ .

(٥) قال بعض أصحاب القفال الشافعي : إن في التوراة مكتوباً : إن الكفالة مذمومة ، أولها ندامة ، وأوسطها ملامة ، وآخرها غرامة .

تعريفها : الكفالة لغة كما في كتب الحنفية والحنابلة : هي الضم . وفي كتب الشافعية : هي الالتزام . واصطلاحاً في الأصح عند الحنفية : هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه ، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل ، ولا يسقط عن الأصيل[1] .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : الكفالة : هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين ، فيثبت الدين في ذمتها جميعاً ، كما جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي[2] .

ويلاحظ أنه ليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل أن يترتب عليه زيادة حق للدائن ؛ لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل ، فلا يحق لرب الدين إلا استيفاء قيمة واحدة : إما من الكفيل أو من الأصيل .

كما يلاحظ أيضاً أنه لا مانع من ثبوت الدين في أكثر من ذمة ؛ لأن الدين أمر اعتباري من الاعتبارات الشرعية ، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين ، وإنما الممتنع هو ثبوت عين في زمن واحد في ظرفين حقيقيين .

والدليل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صحت الهبة ، وأن الكفيل يرجع بالدين على الأصيل مع أن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تجوز . ويصح أيضاً للدائن أن يشتري شيئاً من الكفيل بالدين الذي له ، مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح .

وأما دليل الحنفية على مذهبهم : فهو أن الدين وإن أمكن شرعاً اعتباره في ذمتين لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ، ولا موجب هنا ؛ لأن التوثق

---

(١) راجع فتح القدير : ٥/٣٨٩ ، البدائع : ٦/٢ ، الدر المختار : ٤/٢٦٠ .

(٢) راجع الشرح الكبير : ٣/٣٢٩ ، مغني المحتاج : ٢/١٩٨ ، المغني : ٤/٥٣٤ .

بالدين يحصل بثبوت حق المطـالبـة ، وأجـابوا عن صحـة الهبـة ونحوهـا بـأنهم جعلوا الدين في حكم الدينين لضرورة تصحيح تصرف صاحب الحق[1] .

ومن أدلة الحنفية أيضاً أن الكفالة كما تصح بالمـال تصح بـالنفس مع أنـه لا دين فيها ، والمضمون بالكفالة بـالنفس هو إحضـار المكفول بـه ، وكما تصح بـالـدين تصح بالأعيان المضمونة ، وتعريف الكفالة بما يفيد ثبوت حق المطـالبـة فيهـا هو من أجل شمول جميع هذه الأنواع بخلاف ما لو قصرنا معناها على الضم في الدين ، فإنه يراد بهـا الكفالة بالمال فقط . والخلاصة : أن تعريف الكفـالـة بـالضم في المطـالبـة أعم لشمولـه أنواع الكفالة : وهي الكفـالـة بـالمـال وبـالنفس وبـالأعيـان ، وهو معنى كون هـذا التعريف أصح .

وأما من عرفها بالضم في الدين فإنه أراد تعريف نوع منها وهو الكفالة بـالمـال . وأما النوعان الآخران فتفق على كون الكفالـة بهما كفـالـة بـالمطـالبـة . وإذاً فيكون تصحيح الحنفية للتعريف الذي اختاروه مقبولاً من هذه الزاوية فقط وهي كونه أعم وأشمل لأنواع الكفالة الثلاث .

أما من ناحية الواقع بـالنسبـة لأحكام الكفـالـة فقـد استظهر ابن عـابـدين أن الفقهاء متفقون على ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقـائـه في ذمـة الأصيل ، بـدليل الاتفاق على صحة هبـة الـدين والشراء بـه كما عرفنـا ، ولأن اعتبـار الـدين في ذمتين ممكن كما أشرنا ، ولو كانت الكفالة ضمّاً في المطالبة فقط بدون دين لزم ألا يؤخذ المـال من تركة الكفيل ؛ لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بـالنفس ، مع أن المنصوص عليه حتى عند الحنفية هو أن المال يحل بموت الكفيل ، ويؤخذ من تركتـه . وبـدليل أنه يجوز أن يكفل الكفيل كفيل آخر بالمال المكفول به .

وتظهر ثمرة الخـلاف بين التعريفين فيما إذا حلف الكفيـل ألا دين عليـه ، فـإنـه

---

(١) المراجع السابقة .

يحنث إذا قلنا بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين ، ولا يحنث إذا قلنا بأنها ضم في المطالبة[1] .

ركن الكفالة : ركن الكفالة عند أبي حنيفة ومحمد : هو الإيجاب والقبول أي الإيجاب من الكفيل ، والقبول من الدائن[2] .

وقال أبو يوسف وجمهور الفقهاء : ركن الكفالة هو الإيجاب وحده . وأما القبول فليس بركن .

وعلى هذا تتم الكفالة بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس ، ولا يشترط عند جمهور الفقهاء قبول المكفول له وهو الدائن ، ولا رضاه لعدم التعرض للقبول في حديث أبي قتادة السابق ذكره ، فإنه صحت الكفالة بمجرد أن قال أبو قتادة : هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه ، ولم ينقل أنه قبل الدائن . ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل ، فأشبه النذر[3] .

وقال أبو حنيفة ومحمد : يشترط رضا المكفول له ، كما سيأتي في شروط الكفالة .

وأما رضا المكفول عنه أي الأصيل فلا يشترط بالاتفاق بين العلماء ؛ لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز ، فالتزامه أولى ، ولأنه يصح الضمان عن الميت اتفاقاً ما عدا أبا حنيفة وإن لم يترك وفاء لدينه أي كان مفلساً . وأركان الكفالة أو الضمان عند الجمهور[4] أربعة : ضامن (وهو كل من يجوز تصرفه في ماله فلا يجوز ضمان الصغير ولا السفيه) . ومضمون (وهو كل حق تصح النيابة فيه ، وهو الدين أو العين المضمونة ،

---

(١) راجع رد المحتار على الدر المختار : ٤/٢٦١ .

(٢) فتح القدير : ٥/٣٩٠ ، البدائع : ٦/٢ ، الدر المختار ، المرجع السابق ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٢/٢٠٠ ، المهذب : ١/٣٤٠ ، المغني : ٥/٥٣٥ .

(٤) القوانين الفقهية : ص ٣٢٥ ، مغني المحتاج : ٢/١٩٨ ، غاية المنتهى : ٢/١٠٤ .

وذلك في الأموال ، لا في الحدود ولا في القصاص ؛ لأنه لا تصح النيابة فيها) ومضمون عنه (وهو كل مطلوب بمال ، حياً كان أو ميتاً) وصيغة (إيجاب) وأضاف الشافعية ركناً خامساً وهو المضمون له (وهو مستحق الدين) .

ألفاظ الكفالة : تنعقد الكفالة بصيغة معينة ، وألفاظها عند الحنفية والشافعية : إما صريح أو كناية : وهي كل لفظ ينبئ عن العهدة في العرف والعادة[1] .

فالصريح : أن يقول الكفيل : تكفلت أو ضمنت أو أنا ضامن ما عليه ، أو أنا زعيم ، أو قبيل ، أو حميل ، أو هو إلي أو علي ، أو لك عندي ، أو لك قبلي ، أو على أن أوافيك به ، أو على أن ألقاك به ، أو دعه إلي .

والكناية : أن يقول : خل عن فلان ، والدين الذي عليه عندي ، أو دين فلان إلي ، أو ضمنت فلاناً ، أو ضمان فلان علي ، فإن نوى المال ، أو البدن لزم وإلا لغا . وإذا قال : لفلان عندي كذا ، فهو يحتمل كونه وديعة ويحتمل كونه في الذمة ، لأن كلمة « عند » تفيد القرب والحضرة ، وهو موجود في المعنيين السابقين ، فإذا أطلق اللفظ يحمل على كونه وديعة في يده ، وعند قرينة الدين يحمل على ما في الذمة أي في ذمتي ؛ لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة .

والكفالة نوعان : كفالة بالنفس وكفالة بالمال . وتنعقد الكفالة بالنفس إذا قال الكفيل : تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه أو ببدنه ، وكذا إذا قال : بنصفه أو بثلثه ، أو بجزء منه ؛ لأن القاعدة الفقهية : « ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله » فيكون كفيلاً بكله ؛ لأنه مما لا يتجزأ[2] بخلاف ما إذا قال : بيد

---

(١) فتح القدير : ٥/٢٩٢ ، البدائع ، المرجع السابق : الدر المختار : ٤/٢٦٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦٥ ، مغني المحتاج ، المرجع السابق : ص ٢٠٦ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢/٣٣٠ .

(٢) ومثل ذلك ما لو طلق رجل زوجته نصف تطليقة أو ربعها مثلاً ، تطلق تطليقة كاملة رجعية ؛ لأنها مما لا يتجزأ ، بخلاف كفالة المال ، فلو كفل بجزء من الدين ، كنصفه أو ربعه ، لم يكن كفيلاً بأكثر ؛ لأنه مما يقبل التجزئة .

فلان أو برجله . وكذا تنعقد إذا قال ضمنته ، أو قال : علي ، أو قال : أنا زعيم به أو قبيل ، بخلاف قوله : أنا ضامن بمعرفته .

أحوال ركن الكفالة : الاتفاق على الكفالة إما أن يكون مطلقاً أو مقيداً بوصف ، أو معلقاً بشرط ، أو مضافاً إلى وقت[1] .

أ ـ فإن كانت الكفالة مطلقة فتجوز بالشروط التي سنذكرها ، غير أنها تتقيد بوصف الدين : فإن كان حالاً كانت الكفالة حالة ، وإن كان مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة .

ب ـ وإن كانت الكفالة مقيدة : فإما أن تقيد بوصف التأجيل أو بوصف الحلول . فإن كانت مؤجلة إلى أجل معلوم كشهر أو سنة ، جازت . ويجوز أن يكون أجل الكفالة مماثلاً لأجل الدين أو أزيد منه أو أنقص ؛ لأن المطالبة بالدين حق الدائن المكفول له ، فله أن يتفق مع الكفيل والمدين على ما يشاء .

وإن كان الدين حالاً ، جاز التأجيل في الكفالة ، ويستفيد المدين نفسه من الأجل أيضاً في ظاهر الرواية ؛ لأن التأجيل إذا كان في نفس العقد ، يجعل الأجل صفة للدين ، والدين واحد . أما إذا كان التأجيل بعد تمام العقد ، فيختص به الكفيل فقط . وإذا كان التأجيل عن الأصيل ، فيستفيد الكفيل من الأجل ، أما إذا أجل الكفيل ، لم يستفد الأصيل من الأجل ؛ لأن المقصود تأخير المطالبة ، لا إسقاط الحق .

وإذا كانت الكفالة مؤجلة إلى سنة مثلاً ، فمات الأصيل قبل تمام السنة ، يحل الدين في ماله ، ويبقى الأجل للكفيل ، وكذا يحل الدين في مال الكفيل إذا مات ، ويبقى الأصيل على أجله .

---

(١) راجع التفصيل في البدائع : ٣/٦ ، فتح القدير : ٥/٤٠٤ ، ٤١١ .

هذا هو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية[1] ؛ لأن الموت عند الحنفية يعصف بذمة الإنسان ويبطل الأهلية إلا بمقدار ما تقتضيه ضرورة تسوية الحقوق وثبوت الأحكام التي لها سبب في حال الحياة .

وعند الحنابلة روايتان ، رجح ابن قدامة أن الدين لا يحل بالموت ؛ لأن الدين مؤجل ، فلا تجوز المطالبة به قبل الأجل ، كما لو لم يمت[2] .

وإن كان التأجيل إلى وقت مجهول ، فتجوز الكفالة عند الحنفية والحنابلة والمالكية إذا كان الأجل متعارفاً بين الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه ؛ لأن هذه الجهالة ليست فاحشة فتتحملها الكفالة . وقال الشافعي : لا يجوز التأجيل إلى هذه الأوقات ، لأنه أجل مجهول[3] .

وإن لم يكن الأجل متعارفاً بين الناس كالتأجيل إلى مجيء المطر أو هبوب الريح ، فالأجل باطل ، والكفالة صحيحة ؛ لأن هذه جهالة فاحشة ، فلا تتحملها الكفالة ، فلا يصح التأجيل ، فبطل . هذا إذا كانت الكفالة مؤجلة .

فإن كانت الكفالة حالة ، فيجوز للدائن أن يشرط الحلول على الكفيل ، سواء أكان الدين حالاً أم مؤجلاً . ولو كفل الكفيل حالاً يصح للدائن أن يؤجله بعدئذ ، ويكون التأجيل خاصاً به .

وفي الجملة : يجوز في المذاهب الأربعة ضمان الدين الحال مؤجلاً ، وضمان المؤجل

---

(١) البدائع ، المرجع السابق ، المبسوط : ٢٠/ ٢٨ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٥ ، الشرح الكبير : ٣/ ٣٣٧ ، مغني المحتاج : ٢/ ٢٠٨ .

(٢) المغني : ٥/ ٥٤٥ .

(٣) المغني ، المرجع السابق : ص ٥٦٠ ، مغني المحتاج : ٢/ ٣٠٧ ، المبسوط : ١٩/ ١٧٢ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٣ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية : ص ١٤٢ .

حالاً ؛ لأن الضمان تبرع ، والحاجة تدعو إليه ، فيصح على حسب ما التزم به الضامن[1] .

وفي الكفالة بالنفس : لو تكفل شخص برجل إلى شهر أو إلى ثلاثة أيام ونحوها : جاز ، ولكن الكفيل إنما يطالب بتسليم المكفول بنفسه بعد مضي تلك المدة المتفق عليها ولا يطالب به في الحال في ظاهر الرواية .

وقال أبو يوسف : إنه يطالب به للحال ، وإذا مضى الأجل يبرأ الكفيل . وهو قول الحسن بن زياد ، وقال القاضي النسفي : وقول أبي يوسف أشبه بعرف الناس . وكان بعضهم يفتي به[2] .

ج ـ إذا كانت الكفالة معلقة بشرط : فتجوز عند الحنفية إذا كان الشرط ملائماً لمقتضى العقد ، مثل أن يكون الشرط سبباً لوجوب الحق ، كأن يقول الكفيل : إذا استحق المبيع فأنا كفيل ، أو شرطاً لإمكان الاستيفاء (أي لسهولته) مثل قوله : إذا قدم زيد ـ وكان هو المكفول عنه ـ فأنا كفيل ، أو شرطاً لتعذر الاستيفاء وصعوبته مثل : إن غاب زيد عن البلدة فأنا كفيل .

وفيما عدا مثل هذه الحالات كالتعليق بهبوب الريح أو مجيء المطر ، أو دخول زيد الدار بأن يقول : إذا جاء المطر أو نحوه فأنا كفيل ، تثبت الكفالة حالة ، ويبطل الأجل[3] . والخلاصة : أنه يصح تعليق الكفالة بنوعيها بشرط متعارف ، والمتعارف كأن يعلق الكفالة بما هو سبب الحق ، أو سبب لإمكان التسليم . وأما التعليق بهبوب الريح ونحوه فهو غير متعارف .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : الشرح الكبير : ٣/٣٣١ ، نهاية المحتاج للرملي : ٣/٤١٦ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠٧ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ٢٦٦ .

(٣) فتح القدير : ٥/٤١٤ ، البدائع : ٦/٤ ، الدر المختار : ٤/٢٧٧ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٣ ، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ١٤٢ .

وقال الشافعية : الأصح أنه لا يجوز تعليق الكفالة بشرط مثل : إذا جاء رأس الشهر ، فقد ضمنت ما على فلان ، أو تكفلت ببدنه[1] .

تعليق كفالة المال على عدم الموافاة بالنفس :

لو كفل إنسان بنفس آخر ، فقال : إن لم أحضر غداً فأنا ضامن ما عليه ، فلم يحضر به ، أو مات المكفول ، فالمال لازم للكفيل عند الحنفية ، لأن هنا كفالتين : بالنفس والمال ، وكل ما في الأمر أنه كفل بالنفس مطلقاً ، وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس ، وهذا التعليق صحيح إذا أقر المدين بالمدعى به ، أو ثبت بالبينة وقضى به القاضي[2] . وقال الشافعية : لا يضمن المال[3] . وقد ذكر الحنفية تفريعات أخرى قريبة من هذا الموضوع .

منها : لو كفل إنسان بنفس رجل ، وقال : إن لم أوافك به غداً ، فعلي ألف ليرة ، ولم يقل الألف التي عليه أو الألف التي ادعيت ، وكان المطالب بالمبلغ ينكر المال ، فالمال لازم للكفيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد : لا يلزمه . وجه قول محمد : أن هذا إيجاب المال معلقاً بالخطر أي بالاحتمال ، لأنه لم توجد الإضافة إلى الواجب ، ووجوب المال لا يتعلق بالخطر ، أما الكفالة بمال ثابت فتتعلق بالخطر .

ووجه قول الشيخين : أن مطلق الألف ينصرف إلى الألف المعهودة ، وهي الألف المضمونة .

ولو كفل رجل بالمال ، وقال للمكفول له : « إن وافيتك به غداً ، فأنا بريء » فوافاه من الغد يبرأ من المال في رواية ؛ لأن هذا ليس بتعليق البراءة بشرط الموافاة ،

---

(١) نهاية المحتاج : ٣/٤١٥ ، المهذب : ١/٣٤١ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠٧ .

(٢) البدائع : ٦/٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/٣٩٦ ، المبسوط : ١٩/١٧٦ ، الدر المختار : ٤/٢٦٩ ، مجمع الضمانات : ص ٢٦٦ وما بعدها .

(٣) مغني المحتاج : ٢/٢٥ وما بعدها .

بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال، والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لمناسبة بينهما. وفي رواية وهي الراجحة: لا يبرأ من المال لأن قوله: «إن وافيتك به غداً فأنا بريء» تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط؛ لأن فيها معنى التمليك، والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط[1].

د ـ وإن كانت الكفالة مضافة إلى وقت في المستقبل: جازت عند الحنفية مثل أن يضمن إنسان لآخر ما يقرضه لفلان، أو ما يستهلكه من ماله أو ما يغصبه منه، أو ثمن ما يبايعه به، فهذه الكفالة صحيحة لأنها أضيفت إلى سبب الضمان.

المبحث الثاني ـ شروط الكفالة:

تشترط في الكفالة شروط تتعلق إما بالكفيل، أو بالأصيل، أو بالمكفول له، أو بالمكفول به، فالذي تلزمه المطالبة بالمال الذي على المدين هو الكفيل، والمدين: هو المكفول عنه، ويسمى الأصيل أيضاً، والمدعي ـ وهو الدائن: مكفول له، ومحل الكفالة ـ وهو المال أو النفس المكفولة: هو المكفول به.

شروط الكفيل: اشترط فقهاء الحنفية وغيرهم في الكفيل شرطين[2]:

أولها ـ أهلية العقل والبلوغ: فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأن الكفالة عقد تبرع بالتزام المال، فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع، وهذا شرط متفق عليه، وهو المعبر عنه بالرشد أي صلاح الدين والمال؛ لأن الكفالة تصرف مالي، فلا تصح من مجنون وصبي ومحجور عليه بسفه، لعدم رشدهم.

---

(١) البدائع، المرجع السابق، المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١٧٨.

(٢) البدائع: ٦/ ٥ وما بعدها، المبسوط: ٢٠/ ٨، الدر المختار: ٤/ ٢٦٢، الكتاب مع اللباب: ٢/ ١٥٩، القوانين الفقهية: ص ٣٢٥، مغني المحتاج: ٢/ ١٩٨، غاية المنتهى: ٢/ ١٠٣.

ثانيها ـ الحرية : وهذا شرط نفاذ للتصرف ، فلا يجوز كفالة العبد ؛ لأنها تبرع ، والعبد لا يملك التبرع بدون إذن سيده ، ولكن الكفالة تنعقد ، حتى إن العبد يطالب بموجبها بعد عتقه .

شروط الأصيل : يشترط في الأصيل شرطان أيضاً[1] :

أولها ـ أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه . وهذا الشرط خاص عند أبي حنيفة ، فلا تصح الكفالة عنده بالدين عن ميت مفلس مات ولم يترك وفاء لدينه ؛ لأنه دين ساقط ، فلم يصح ضمانه ، كما لو سقط بالإبراء ، ولأن ذمة الميت قد زالت بالموت ، فلم يبق فيها دين ، والضمان : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة به .

وقال الصاحبان وجمهور الفقهاء[2] : يصح ضمان الدين عن الميت المفلس بدليل حديث أبي قتادة السابق ذكره ، فإنه ضمن دين ميت لم يترك شيئاً لوفاء دينه . والنبي ﷺ حض الصحابة على ضمان دين الميت في حديث أبي قتادة بقوله : « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » ولأن دين الميت دين ثابت ، فصح ضمانه كما لو خلف وفاء لدينه . والدليل على ثبوت هذا الدين : أنه لو تبرع رجل بقضائه ، جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ، وكذا لو ضمنه حياً ، ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ، مما يدل على أنه لم تبرأ ذمة المضمون عنه .

ثانيها ـ أن يكون الأصيل معروفاً عند الكفيل : فإذا قال الكفيل : كفلت ما على أحد من الناس ، لا تصح الكفالة ؛ لأن الناس لم يتعارفوا ذلك ، ولأن اشتراط هذا الشرط إنما هو لأجل معرفة المكفول عنه : هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو يستحق اصطناع المعروف أم لا . ولا يشترط حضرة الأصيل ، فتجوز

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٦ ، الدر المختار : ٤/ ٢٦٢ ، ٢٧٨ ، فتح القدير : ٥/ ٤١٩ .

(٢) بداية المجتهد : ٢/ ٢٩٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٣/ ٣٣١ ، المهذب : ١/ ٣٣٩ ، المغني : ٤/ ٥٣٧ .

الكفالة عن غائب أو محبوس ؛ لأن الحاجة إلى الكفالة في الغالب تظهر في مثل هذه الأحوال[1] .

وقال الشافعية : الأصح أنه لا يشترط معرفة المكفول عنه قياساً على رضاه ، فإنه ليس بشرط ، وأما اصطناع المعروف فهو معروف ، سواء أكان لأهله أم لغير أهله[2] .

شروط المكفول له : يشترط في المكفول له وهو الدائن شروط[3] وهي :

أولاً ـ أن يكون معلوماً : فلو كفل إنسان لأحد من الناس ، فلا تجوز الكفالة ، لأنه إذا كان المكفول له مجهولاً لا يتحقق المقصود من الكفالة وهو التوثق . ويوافق الشافعية على هذا الشرط في الأصح عندهم ؛ لأن مستحقي الدين يتفاوتون عادة في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً[4] .

وأجاز المالكية والحنابلة الضمان مع جهالة المكفول له ، نحو : أنا ضامن زيداً بالدين الذي عليه للناس . ويستدلون بقوله تعالى : ﴿ قالوا : نفقد صُواع الملك ، ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم ﴾ لأن المنادي لم يكن مالكاً ، وإنما كان نائباً عن يوسف عليه السلام ، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع ، وتحمل هو به عن يوسف[5] .

ثانياً ـ أن يكون المكفول له حاضراً في مجلس العقد : وهذا شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يكن هناك نائب عن المكفول له يقبل الكفالة في المجلس . فلو كفل إنسان الغائب عن المجلس ، فبلغه الخبر ، فأجاز لا تجوز الكفالة عندهما إذا لم

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٩٤ ، البدائع : ٦/٦ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠٤ .

(٢) مغني المحتاج : ٢/٢٠٠ .

(٣) راجع البدائع : ٦/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/٤١٧ ، المبسوط : ٢٠/٩ ، الدر المختار : ٤/٢٨٠ .

(٤) مغني المحتاج ، المرجع السابق .

(٥) أحكام القرآن لابن العربي : ٣/١٠٨٥ ، المغني : ٥/٥٣٥ وما بعدها .

يقبل عنه حاضر في المجلس . دليلهما : أن في الكفالة معنى التمليك ، والتمليك لا يحصل إلا بالإيجاب والقبول ، فلا بد من توافره لإتمام صيغة العقد .

وأما أبو يوسف فعنه روايتان ، والقول المتأخر عنه أن الكفالة عن الغائب تجوز ؛ لأن معنى الكفالة وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل ، فكان إيجابه صالحاً وحده لإتمام العقد .

ثالثاً ـ أن يكون المكفول له عاقلاً : وهذا متفرع على مذهب أبي حنيفة ومحمد في اشتراط الشرط السابق ، فلا يصح قبول المجنون والصبي غير المميز، لأنهما ليسا أهلاً لصدور القبول عنهما باعتباره ركناً في العقد .

شروط المكفول به : يشترط في المكفول به شروط ثلاثة[1] :

أولاً ـ أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ، سواء أكان ديناً أم عيناً أم نفساً أم فعلاً عند الحنفية بشرط أن تكون العين مضمونة بنفسها[2] كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء .

أما العين التي هي أمانة سواء أكانت غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات ، أم واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير أو المضمونة بغيرها ، كالمبيع قبل القبض ، والرهن ، فلا تصح الكفالة بها ؛ لأن العين التي هي أمانة ليست بمضمونة ، ولأن المضمون بغيره ليس بمضمون بنفسه . فإذا هلك المبيع قبل القبض لا يجب على البائع شيء ، ولكن يسقط الثمن عن المشتري ، وإذا هلك الرهن لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره .

---

(١) البدائع : ٦/٧ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٠٢/٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٢٦٤/٤ ، ٢٨١ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧١ .

(٢) العين نوعان : أمانة ومضمونة . فالأمانة كالودائع ومال الشركات والمضاربات والعارية والمستأجر في يد الأجير، والمضمونة إما بنفسها كالمغصوب ونحوه، أو بغيرها كالمبيع قبل القبض ، فإنه مضمون بالثمن والرهن فإنه مضمون بالدين .

والمراد بالفعل المكفول به : هو فعل التسليم مثل الكفالة بتسليم المبيع والرهن ، وتصح الكفالة بالفعل ؛ لأن التسليم مضمون على الملتزم به ، فالمبيع مضمون التسليم على البائع ، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين .

الكفالة بالنفس : وعلى هذا تصح **الكفالة بنفس من عليه الحق** لأن الكفالة بالنفس[1] كفالة بالفعل : وهو تسليم النفس ، وفعل التسليم مضمون على الأصيل ، فجازت الكفالة به .

وقد أجاز الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال جمهور الفقهاء ومنهم أئمة المذاهب الأربعة ، لقوله تعالى : ﴿ قال : لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتُنني به إلا أن يحاط بكم ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وهذا يشمل الكفالة بنوعيها ، ولأن ما وجب تسليمه بعقد ، وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال ، ولأن الكفيل يقدر على تسليم الأصيل بأن يعلم من يطلبه مكانه ، فيخلي بينه وبينه ، أو يستعين بأعوان القاضي في التسليم . وأما قول الشافعي : « كفالة البدن ضعيفة » فإنه أراد أنها ضعيفة من جهة القياس ؛ لأن الشخص الحر لا يدخل تحت اليد ، ولا يقدر على تسليمه[2] . هذا هو تحقيق مذهب الشافعي بخلاف ما تذكره كتب الحنفية .

إلا أن الشافعية قالوا : المذهب صحة الكفالة بالنفس أو البدن لمن عليه مال أو لمن عليه عقوبة لآدمي كقصاص وحد قذف ، والمذهب منعها في حدود الله تعالى كحد الخمر والزنا والسرقة ؛ لأنه يسعى في دفعها ما أمكن .

وقال الحنابلة : لا تصح الكفالة ببدن من عليه حد ، سواء أكان حقاً لله تعالى ، كحد الزنا والسرقة ، أم لآدمي كحد القذف والقصاص .

---

(١) الكفالة بالنفس أو بالبدن وتسمى كفالة الوجه : هي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له ، للحاجة إليها .

(٢) راجع الشرح الكبير : ٣/٣٤٤ ، بداية المجتهد : ٢/٢٩١ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠٣ ، المهذب : ١/٣٤٢ ، المغني : ٤/٥٥٦ ، المبسوط : ١٩/١٦٢ ، البدائع : ٦/٨ ، فتح القدير : ٥/٣٩١ . الكتاب مع اللباب : ٢/١٥٣ ، كشاف القناع : ٣/٣٦٢ .

ومن أحكام الكفالة بالنفس أنه إذا شرط الأصيل في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه ، لزم الكفيل إحضار المكفول به إذا طالبه به في الوقت ، وفاء بما التزمه كالدين المؤجل إذا حل ، فإن أحضره ، فبها ، و إن لم يحضره ، حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه . و إن أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته كالمصر ، برئ من الكفالة ، لأنه أتى بما التزمه . و إذا تكفل به على أن يسلمه في مجلس القاضي ، فسلمه في السوق برئ أيضاً ؛ لأن المقصود هو إمكان الخصومة و إثبات الحق ، وهذا حاصل متى سلمه في السوق لتعاون الناس معه على إحضاره إلى القاضي .

ثانياً ـ أن يكون المكفول بـه مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً ، وذلك في الأموال عند جمهور العلماء . وعليه لا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل (أي لأن النيابة لا تجري في العقوبات) ، فلا تفيد الكفالة فائدتها . هذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة[1] . ودليلهم ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : « لا كفالة في حد »[2] ولأن الكفالة استيثاق ، والحدود مبناها على الدرء والإسقاط بالشبهات ، فلا يلائمها الاستيثاق ، ولأن الحق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به .

و يلاحظ أن عدم جواز الكفالة بالحدود والقصاص معناه عند الحنفية : عدم جواز الإجبار على إعطاء الكفالة ، فإن سمحت نفس المدعى عليه وتبرع بإعطاء الكفالة في حالة القصاص والحد الذي فيه حق للعبد وهو حد القذف وحد السرقة ،

---

(١) البدائع ، المرجع السابق ، الشرح الكبير: ٣٤٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٩٣/٢ ، المغني : ٥٥٧/٤ ، فتح القدير: ٣٩٩/٥ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٢ ، الكتاب مع اللباب : ١٥٧/٢ وما بعدها .

(٢) رواه البيهقي بإسناد ضعيف ، وقال : إنه منكر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ورواه ابن عدي في الكامل ، وأعله أيضاً برواية أبي عمر الكلاعي بأن أحاديثه منكرة (راجع سبل السلام : ٦٣/٣ ، نصب الراية : ٥٩/٤).

جازت الكفالة بالنفس ؛ لأنها كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل ، فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين .

فإن لم يتبرع المدعى عليه وهو الذي توجه عليه الحد أو القصاص ، فلا يجبر عند أبي حنيفة على تقديم كفيل بنفسه بإحضاره في مجلس القضاء لإثبات دعوى المدعى عليه ؛ لأن الكفالة لا تتلاءم مع الحدود كما عرفنا ، وحينئذ يحبسه القاضي حتى تقام عليه البينة أو يستوفى الحد . وقال الصاحبان : يجبر على تقديم كفيل بنفسه في القصاص وفي حد القذف ؛ لأن فيهما حق العبد .

والخلاصة : أنه لا تجوز الكفالة بنفس الحد أو القصاص بدون نفس من عليه الحد ، إذ الحد عقوبة لا تجري فيها النيابة ، أما لو كفل بنفس من عليه الحد فتصح الكفالة .

وقال الشافعية : المذهب أنه لا تجوز كفالة النفس (أو البدن) في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الخمر والزنا والسرقة ، لأنه يسعى في دفعها ما أمكن .

وتجوز كفالة تسليم النفس في الحدود الخالصة للآدمي كقصاص وحد قذف وتعزير ؛ لأنها حق لآدمي ، فصحت الكفالة ، كسائر حقوق الآدميين المالية[1] .

ويتفرع على هذا الشرط عند الحنفية : أنه تصح الكفالة بالتزام حمولة شيء في ذمة متعهد النقل بوسيلة نقل غير معينة بذاتها كأي سيارة أو دابة لأن المستحق حينئذ مقدور للكفيل . لكن لا تصح الكفالة بالتزام نقل حمل من مكان إلى آخر على سيارة أو دابة معينة بذاتها دون غيرها ؛ لأن الكفيل قد يعجز عن الحمولة بتلف وسيلة النقل المخصصة .

---

(١) مغني المحتاج : ٢٠٣/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٤٣/١ .

ثالثاً ـ أن يكون الدين لازماً صحيحاً : وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء . وهذا الشرط خاص بالكفالة بالمال . ويترتب عليه أنه لا تصح الكفالة ببدل الكتابة ، لأنه ليس بدين لازم ، أو أنه دين ضعيف ؛ لأن للمكاتب إسقاط المكاتب بالفسخ ، فلا معنى للتوثق عليه ، ولا تصح أيضاً الكفالة بما ليس بدين كنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها ؛ لأنها لا تصير ديناً إلا بالقضاء أو الرضا[1] .

قال البغدادي : لو كفل بالنفقة المقررة الماضية صحت الكفالة مع أنها تسقط بدون الأداء أو الإبراء ، بموت الكفيل أو المكفول له . وكذا لو كفل بنفقة شهر مستقبل ، وقد قرر لها في كل شهر كذا ، أو بيوم يأتي وقد قرر لها في كل يوم ، فإنها صحيحة[2] .

ولا يشترط في الكفالة بالمال عند جمهور الفقهاء[3] أن يكون الدين معلوم القدر والصفة والعين ، فتصح الكفالة بالمعلوم كقوله : تكفلت عنه بألف ، أو بالمجهول كقوله : تكفلت عنه بما لك عليه ، أو بما يدركك في هذا البيع من الضمان ؛ لأن الكفالة مبينة على التوسع ، فيحتمل فيها الجهالة ، وقد أجمع الفقهاء على صحة ضمان الدَّرَك[4] : وهو أن يضمن شخص للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو

(١) الدر المختار مع رد المحتار : ٤/٢٦٢ ، ٢٧٤ ، الشرح الكبير : ٣/٣٣٣ ، المهذب : ١/٣٤٠ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠١ .

(٢) مجمع الضمانات : ص ٢٦٩ .

(٣) البدائع : ٦/٩ ، فتح القدير : ٥/٤٠٢ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٤ ، المغني : ٤/٥٣٦ ، ٥٣٩ ، ٥٥٧ ، المبسوط : ٢٠/٥٠ ، الدر المختار : ٤/٢٧٤ ، مجمع الضمانات ، المرجع السابق .

(٤) بفتح الراء وسكونها ، وهو التبعة أي المطالبة والمؤاخذة ، وإن لم يكن له حق ثابت ، لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به ، فاحتيج إلى التوثق به . ويسمى أيضاً ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده . والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن ، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن مجازاً (انظر مغني المحتاج ، المرجع الآتي) وإذاً فالكفالة بالدرك (بفتحتين) : هي الكفالة بما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع (المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٢٧١) قال بعض الحنفية : الكفالة بالدرك جائزة وهو التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ، ولا يلزمه حتى يقضى بالاستحقاق على البائع أو على المشتري (مجمع الضمانات : ص ٢٧٥) .

ناقصاً إما لرداءته أو لنقص صنجات الوزن التي وزن بها .

وصحح الحنفية الكفالة فيما لو قال إنسان لغيره : اسلك هذا الطريق فإن أخذ مالك فأنا ضامن ، فأخذ ماله ، صح الضمان ، والمضمون عنه مجهول ، وكذا لو قال : لو غصب مالك فلان أو واحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن ، صح الضمان[١] .

ومذهب الشافعي الجديد : أنه ينبغي أن يكون الدين المضمون به معلوماً جنساً وقدراً وصفةً وعيناً ؛ لأن الضمان إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد ، فلم يجز مع الجهالة ، كالثمن في البيع ، فلا يصح المجهول ولا غير المعين كأحد الدينين . وأما ضمان الدَّرَك فهو جائز عندهم لحاجة الناس إليه[٢] .

المبحث الثالث ـ أحكام الكفالة :

للكفالة حكمان[٣] :

أحدهما ـ ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما على الأصيل . والمطالب به يختلف بحسب محل الكفالة . فإن كانت الكفالة بالدين ، فيطالب الكفيل بما على الأصيل بالدين كله إن كان واحداً . فإن كان هناك كفيلان والدين ألف مثلاً ، فيطالب كل واحد منهما بخمسمائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ، لأنهما استويا في الكفالة ، والمكفول به يحتمل الانقسام ، فينقسم عليهما في حق المطالبة . ولو أدى أحدهما لا يرجع على صاحبه ؛ لأنه يؤدي عن نفسه ، لا عن صاحبه ، لكن يرجع على الأصيل بما أدى .

---

(١) مجمع الضمانات : ص ٢٧٠ .

(٢) نهاية المحتاج : ٣/٤٠٣ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠١ ، المهذب : ١/٣٤٠ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٦/١٠ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/٣٩١ ، ٤٠٣ ، المبسوط ١٩/١٦٢ ، الدر المختار : ٤/٢٦٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٥ .

وإن كانت الكفالة بالنفس: فيطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائباً. وإن كان غائباً يؤخر الكفيل إلى مدة يمكنه إحضاره فيها، فإن لم يحضر في المدة ولم يظهر عجزه، للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له. فإذا ظهر للقاضي أنه لا يقدر على الإحضار بدلالة الحال، أو بشهادة الشهود أو غيرها، أطلقه من الحبس وأنظره إلى حال القدرة على إحضاره، لأنه بمنزلة المفلس بالنسبة للدين. وإذا أخرجه القاضي فإن الدائنين الغرماء يلازمونه، ولا يحول القاضي بينه وبين الغرماء، ولكن ليس للغرماء أن يمنعوه من أشغاله أو من الكسب وغيره. هذا مذهب الحنفية.

وقال الشافعية: يلزم الكفيل بإحضار المكفول إن علم مكانه، فإن جهل مكانه لم يلزم بإحضاره، وإذا لزم بالإحضار يمهل مدة الذهاب والإياب، فإن مضت تلك المدة ولم يحضره حبس إلى أن يتعذر إحضار المكفول بموت أو جهل بموضعه أو إقامة عند شخص يمنعه من إمكان الوصول إليه[1].

وإن كانت الكفالة بالعين، فيطالب الكفيل بتسليم العين إن كانت قائمة وبمثلها أو قيمتها إن كانت هالكة.

هل يبرأ الأصيل من الدين؟

يلاحظ أنه لا يترتب على الكفالة عند جمهور الفقهاء براءة الأصيل[2]، فيكون الدائن بالخيار بين أن يطالب الأصيل أو يطالب الكفيل إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل؛ لأنها حوالة معنى[3].

---

(١) مغني المحتاج: ٢/٢٠٥.

(٢) البدائع، المرجع السابق، مغني المحتاج: ٢/٢٠٨، بداية المجتهد: ٢/٢٩٢، المغني: ٤/٥٤٦، ٥٤٧، فتح القدير: ٥/٣٩٠.

(٣) المبسوط: ٢٠/٤٦.

ولم يجز الشافعية في الأصح عندهم الكفالة بشرط براءة الأصيل ؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الضمان .

وقال الإمام مالك في أحد قوليه : ليس للدائن أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المكفول عنه ؛ لأن الضمان وثيقة ، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصيل كالرهن .

وقال ابن أبي ليلى وابن شُبْرمة وأبو ثور وابن سيرين والظاهرية والإمامية : إن الكفالة توجب براءة الأصيل ، وينتقل الحق إلى ذمة الكفيل ، فلا يملك الدائن مطالبة الأصيل أصلاً كما في الحوالة ، واحتجوا بقصة ضمان أبي قتادة رضي الله عنه الدينارين عن ميت ، فإن الرسول ﷺ قال له : « جزاك الله خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك »[1] فدل هذا على أن المضمون عنه بريء من الضمان .

والصحيح هو قول الجمهور ؛ لأن الكفالة معناها ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة أو في حق أصل الدين على الخلاف السابق ، والبراءة تنافي الضم ، ولأنَّ الكفالة لو كانت مبرئة ، لكانت حوالة ، وهما متغايران ؛ لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل . واستدلوا من السنة بقوله ﷺ : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه »[2] . وقوله في قصة أبي قتادة : « الآن بردت جلدته »[3] حين أخبره أنه قضى دينه . وأما صلاة النبي ﷺ على المضمون عنه ، فلأنه بالضمان صار له وفاء ، وإنما

---

(١) ذكرنا سابقاً أن رواية علي ضعيفة كما قال ابن حجر ، والأصح منها رواية القصة عن أبي قتادة .

(٢) رواه أحمد في مسنده والترمذي وابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة . وفي معناه روى الطبراني في الأوسط عن البراء بن عازب عن رسول الله ﷺ قال : «صاحب الدين مأسور بدينه يشكو إلى الله الوحدة» وفيه مبارك بن فضالة وثقه عفان وابن حبان وضعفه جماعة (راجع الجامع الصغير : ٢/ ١٨٨ ، مجمع الزوائد : ٤/ ١٢٩) .

(٣) هذا ثابت في رواية جابر بن عبد الله عند أحمد والدارقطني والحاكم بلفظ «الآن بردت عليه جلده» وفي رواية : «قبره» (راجع التلخيص الحبير : ص ٢٥١ ، نيل الأوطار : ٥/ ٢٣٩) .

امتنع عن الصلاة على مدين لم يخلف وفاء . وأما قوله : « فك الله رهانك إلخ » فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي ﷺ ، فلما ضمن عنه فكه عن ذلك أو عما في معناه[1] .

وهناك فرق بين وضع الكفالة ووضع الغاصب وغاصب الغاصب ، فإن للمالك المغصوب منه أن يضمن أيهما شاء ، وإذا اختار تضمين أحدهما لا يملك اختيار تضمين الآخر . ووجه الفرق : أن المالك المغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب أو غاصب الغاصب أي إن قضى القاضي عليه فاختياره يتضمن التمليك منه للمضمون ، فيبرأ الآخر بالضرورة ، بخلاف المطالبة بمقتضى الكفالة ، فإنها لا تقتضي التمليك للمضمون ؛ لأن مقتضى الكفالة هو الضم ، ولا يحصل التمليك فيها ، حتى ولو قضى القاضي ما لم توجد حقيقة الاستيفاء .

الحكم الثاني للكفالة : هو ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره في جميع أنواع الكفالات ، فإذا كانت الكفالة بدين مثلاً يطالب الكفيل المكفول عنه بالخلاص إذا طولب ، وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه ؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه المسؤولية ، فكان عليه تخليصه منها .

أما إذا كانت الكفالة بغير أمر الأصيل فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم ، ولا حق الحبس إذا حبس .

وليس للكفيل أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو ، وإن كانت الكفالة بأمر الأصيل ؛ لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتمليك ، وكل ذلك يقف على الأدلة ولم يوجد ، وهذا بخلاف الوكيل بالشراء ، فإن له مطالبة الموكل بالثمن بعد الشراء قبل أن يؤدي هو من مال نفسه ؛ لأن الثمن هنا يقابل المبيع ، وملك المبيع وقع للموكل ، فكان الثمن عليه ، فيكون للوكيل الحق في أن يطالبه به . وأما في الكفالة فإن حق المطالبة هو بسبب القرض أو التمليك ، ولم يوجد بعد .

---

(١) فتح القدير : ٥/ ٣٩٠ والمراجع السابقة .

فإذا أدى الكفيل كان له أن يرجع على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره ؛ لأن العلاقة بينهما تكون حينئذ علاقة قرض واستقراض ، فالأصيل مستقرض والكفيل بأداء المال مقرض ، والمقرض يرجع على المستقرض بما أقرضه .

المبحث الرابع ـ انتهاء الكفالة :

نستعرض هنا طرق انتهاء الكفالة بإيجاز بحسب كل نوع من أنواعها . فإذا كانت **الكفالة بالمال** فهي تنتهي بأحد أمرين[1] :

أولهما ـ أداء المال إلى الدائن أو ما هو في معنى الأداء ، سواء أكان الأداء من الكفيل أم من الأصيل ؛ لأن حق المطالبة بالدين طريق إلى الأداء ، فإذا وجد فقد حصل المقصود من الكفالة ، فينتهي حكم العقد .

وتنتهي الكفالة إذا وهب الدائن المال إلى الكفيل أو إلى الأصيل ؛ لأن الهبة بمنزلة الأداء . ومثل الهبة التصدق بالدين على الكفيل أو على الأصيل . ومثله أيضاً إذا مات الدائن وورثه الكفيل أو الأصيل ؛ لأن بالميراث يملك ما في ذمته ، فإن كان الوارث هو الكفيل فقد ملك ما في ذمته ، فيرجع على الأصيل ، كما لو ملكه بالأداء . وإن كان الوارث هو المكفول عنه برئ الكفيل ، كأنه أدى .

ثانيهما ـ الإبراء وما هو في معناه : إذا أبرأ الدائن الكفيل أو الأصيل انتهت الكفالة ، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل ، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل ؛ لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل ، فكان إبراء الأصيل إسقاطاً للدين عن ذمته ، فيسقط حق المطالبة للكفيل بالضرورة ؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع .

أما إبراء الكفيل فهو إبراء عن المطالبة لا عن الدين ، إذ لا دين عليه وليس

(١) البدائع : ٦/ ١١ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٤ ، الدر المختار : ٤/ ٢٨٥ ، مجمع الضمانات : ص ٢٧٤ .

من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل ، لأنه إذا سقط الفرع لا يسقط الأصل .

ولو قال الدائن للكفيل أو المدين : **« برئت إلي من المال »** يبرأ ، لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء ؛ لأنه جعل نفسه غاية لبراءته[1] ، وتلك هي براءة القبض والاستيفاء ، ويبرأ الكفيل والأصيل جميعاً ؛ لأن استيفاء الدين يوجب براءتها جميعاً ، فيرجع الكفيل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره .

وإذا قال الدائن للكفيل أو للمدين : **« برئت من المال »** ولم يقل : « إلي » فيبرأ أيضاً عند أبي يوسف مثل الصورة السابقة . فهو إقرار بالقبض ؛ لأن البراءة المضافة إلى المال تستعمل في الأداء عرفاً وعادة فتحمل عليه .

وعند محمد : يبرأ الكفيل دون الأصيل ، مثل قوله : « أبرأتك » لأن البراءة عن المال قد تكون بالأداء ، وقد تكون بالإبراء ، فلا تحمل على الأداء إلا بدليل زائد ، وقد وجد هذا في الصورة السابقة وهي قوله : « إلي » لأن الكلام ينبئ عن معنى الأداء لما ذكرنا ، ولم يوجد هنا .

وإذا **أحال الكفيل أو المدين الدائن** بمال الكفالة على رجل ، وقبل المحال ، فتنتهي الكفالة ؛ لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً .

وكذلك **تنتهي الكفالة بالصلح** : بأن يصالح الكفيل الدائن على بعض المدعى به ، ويبرأ حينئذ الكفيل والأصيل في حالتين :

إحداهما ـ أن يقول على أني والمكفول عنه بريئان من الباقي .

والثانية ـ أن يقول : « صالحتك على كذا » مطلقاً عن شرط البراءة .

---

(١) أي أن مفاد هذا التركيب براءة من المال مبدؤها من الكفيل ، ومنتهاها صاحب الدين ، وهذا هو معنى الإقرار بالقبض من الكفيل ، فكأنه قال « دفعت إلي » .

ويبرأ الكفيل وحده في حال واحدة وهي أن يقول: «على أني بريء من الباقي»[1].

وإذا كانت الكفالة بالنفس فإنها تنتهي بثلاثة أمور[2]:

الأول ـ تسليم النفس[3] إلى المطالب بها في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي، مثل أن يكون في مصر من الأمصار؛ لأن الكفيل أتى بما التزمه، وحصل المقصود من الكفالة بالنفس: وهو إمكان المحاكمة عند القاضي، وإذا تحقق المقصود تنتهي الكفالة.

فإن سلمه في صحراء أو برية، لم يبرأ الكفيل؛ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيها، فلم يحصل المقصود. وكذا إذا سلمه في بلد ليس فيها قاض أو أعوان القاضي، كالشرطة مثلاً، لعدم إمكان المحاكمة فيها.

وإن سلمه في السوق أو في المصر، فإنه يبرأ؛ لأن المطلوب هو أن يتحقق التسليم في مكان يقدر فيه على إحضاره إلى مجلس القاضي.

وإن شرط على الكفيل أن يسلم المكفول بنفسه في مصر معين، فسلمه في مصر آخر، فيبرأ عند أبي حنيفة لوجود القدرة على المحاكمة في المصر المعين. ولا يبرأ عند الصاحبين إلا بتسليمه في المكان المشروط؛ لأن التقييد بالمصر قد يكون لغرض مفيد، كأن يكون له شهود فيما عينه دون غيره.

ولو شرط على الكفيل أن يسلم المكفول بنفسه عند الأمير، فسلمه عند القاضي، فإنه يبرأ.

---

(١) المبسوط: ٢٠/٥٨، ٩١، البدائع، المرجع السابق: ص ١٢ فتح القدير: ٥/٤١٢، مختصر الطحاوي: ص ١٠٥، مجمع الضمانات: ص ٢٧٤.

(٢) البدائع: ٦/١٢ وما بعدها، المبسوط: ١٩/١٦٦، ١٧٥، فتح القدير: ٥/٣٩٣ وما بعدها، ٤١١، الدر المختار: ٤/٢٦٧ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٢٦٦، ٢٧٤، الكتاب مع اللباب: ٢/١٥٣ وما بعدها.

(٣) التسليم يتحقق بالتخلية بين المكفول بنفسه والمكفول له.

الثـاني ـ الإبراء : أي أن يبرئ صـاحب الحق الكفيـل من الكفـالـة بـالنفس فتنتهي الكفالة ؛ لأن مقتضى الكفالة ثبوت حق المطالبة بتسليم النفس ، فإذا أسقـط حق المطالبة بالإبراء فينتهي الحق ضرورة .

ولا يبرأ الأصيل في هذه الحالـة ؛ لأن الإبراء صـدر للكفيل دون الأصيل . فـإن صدر الإبراء للأصيل برئا جميعاً .

الثالث ـ موت المكفول بنفسه : إذا مات الأصيل المكفول بـه برئ الكفيل بالنفس من الكفـالـة ؛ لأنـه عجز عن إحضـاره ، ولأنـه سقـط الحضور عن الأصيل ، فيسقط الإحضار عن الكفيل .

وكذلك تنتهي الكفالة إذا مات الكفيل ؛ لأنـه لم يبق قـادراً على تسليم المكفول بنفسه . وأما ماله فلا يصلح لتنفيذ هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال .

ولو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط الكفـالـة بـالمـال ؛ لأن الكفيل ما زال قادراً على تنفيذ واجبـه ، ويقوم الوصي أو الوارث مقـام الميت في المطالبة .

وأما **الكفالة بالأعيان المضمونة** بنفسها ، فتنتهي بأحد أمرين[1] :

أحدهما ـ تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة ، وتسليم مثلها أو قيمتهـا إن كانت هالكة .

الثاني ـ الإبراء : أي إبراء الكفيل من الكفـالـة ، بـأن يقول لـه : « أبرأتـك من الكفالة » فيبرأ ؛ لأن الكفالة حقه ، فيسقط بإسقاطه كالدين ، أو إبراء الأصيل .

---

(١) البدائع : ٦/١٣ .

المبحث الخامس - رجوع الكفيل على الأصيل :

نتكلم في هذا البحث عن ناحيتين : شرائط الرجوع ، وبيان ما يرجع به ومتى يرجع . أما **شرائط الرجوع** فهي ما يأتي[1] :

١ - **أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه** أي بإذنه : فإن لم تكن بأمره لم يرجع بما يؤديه ؛ لأن الكفيل حينئذ يكون متبرعاً بما أدى ولو كان له الرجوع لما صلى النبي ﷺ على الميت بضمان أبي قتادة ، هذا هو مذهب الحنفية والشافعية[2] .

وقال الإمام مالك والإمام أحمد في رواية عنه : لا يشترط أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه ، لأنه قضاء مبرئ من دين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، كما قال ابن قدامة . وأما أبو قتادة فإنه تبرع بالقضاء والضمان ، إذ أنه قضى دين الميت قصداً لتبرئة ذمته ، ليصلي عليه النبي ﷺ مع علمه بأنه لم يترك وفاء ، والمتبرع لا يرجع بشيء[3] .

٢ - **أن تكون الكفالة بإذن صحيح** : أي بإذن شخص أهل لصدور الإقرار على نفسه بالدين ، فلا يعتبر إذن الصبي المحجور عن التصرفات ، وبالتالي لا يحق للكفيل الرجوع عليه بما أداه عنه ؛ لأن العلاقة علاقة استقراض ، واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان .

٣ - **إضافة الضمان إلى الأصيل** بأن يقول للكفيل : اضمن عني ، لأنه إذا لم يضف إلى نفسه ، فلا يتحقق معنى الإقراض الذي تقوم عليه العلاقة بين الكفيل والأصيل ؛ لأن الكفالة بالنسبة للمكفول عنه استقراض (أي طلب القرض) وبالنسبة للكفيل بعد الأداء إقراض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/٤٠٨ وما بعدها ، المبسوط : ١٩/١٧٨ .

(٢) المهذب : ١/٣٤١ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠٩ .

(٣) بداية المجتهد : ٢/٢٩٤ ، المغني : ٤/٤٤٩ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٥ .

له . أما بالنسبة للمكفول له : فهو تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال ، فيرجع عليه بما أقرضه .

٤ ـ **ألا يكون للأصيل على الكفيل دين مثل الدين الذي أداه الكفيل ؛** لأنه إذا أدى الدين ، حصلت مقاصة بينهما .

ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل ؛ لأن الهبة في معنى أداء المال . وإذا وهب الدين إلى الأصيل برئ الكفيل ؛ لأن هذا وأداء المال سواء .

ولو مات الدائن فورثه الكفيل يرجع على الأصيل ، ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل ؛ لأن الإرث من أسباب الملكية ، ومتى ملك الأصيل المال برئ ، فيبرأ الكفيل .

ولو أبرأ الدائن الكفيل لا يرجع على الأصيل ؛ لأن الإبراء إسقاط وهو بالنسبة للكفيل إسقاط حق المطالبة لا غير .

وإذا أبرأ الكفيل الأصيل مما ضمنه عنه بإذنه أو وهبه منه جاز ، فلو أدى الكفيل الدين بعدئذ ، لا يرجع على الأصيل .

ولو قال الدائن للكفيل : « **برئت إليّ من المال** » يرجع الكفيل على الأصيل باتفاق الحنفية ؛ لأن هذا إقرار بالقبض والاستيفاء ، باعتبار أن اللفظ يستعمل في الأداء ، فيرجع : أي أن هذه البراءة لا تكون إلا بالإيفاء فكان ذلك بمنزلة قوله : « دفعت إليّ المال أو قبضته منك » وهو إقرار بالقبض .

أما إذا قال : « **برئت من المال** » فهو إقرار بالقبض عند أبي يوسف كأنه قال : « برئت إليّ من المال » لأنه أقر ببراءة خاصة بالكفيل وهو يكون بفعل صادر عنه ، كما إذا قيل : « قمت وقعدت مثلاً » وهذا الفعل هنا هو الإيفاء .

وعند محمد : لا يرجع الكفيل على المكفول عنه ؛ لأن هذا بمنزلة قوله : « أبرأتك

من المال » لأنه يحتمل البراءة بالأداءإليه (أي بالقبض والإبراء) فيثبت القدر الأدنى وهو براءة الكفيل ، وأما الزائد عليه (وهو الأداء) ففيه شك ، فلا يثبت القبض بالشك ، وبالتالي لا يحق للكفيل الرجوع حينئذ على المكفول عنه ، وهذا هو الرأي الأرجح عند الحنفية .

وأما سبب عدم رجوع الكفيل على المكفول عنه في قول الدائن له : « أبرأتك » فهو أن هذا اللفظ يفيد تخصيص البراءة بالكفيل ، ولا يتعدى أثره إلى غيره بإسقاط الدين عن المدين ، فلم يكن هذا اللفظ متضمناً إقرار الدائن بإيفاء الدين . والفرق بين هذه الصورة وصورة : « برئت من المال » عند أبي يوسف : هو أن البراءة بالإبراء لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الدائن ، فلا يكون الفعل حينئذ منسوباً إلى الكفيل[1] .

والخلاصة : أن الراجح عند الحنفية هو أن الكفيل لا يرجع على الأصيل في قول الدائن للكفيل : « برئت » بدون إلي أو « أبرأتك » لأنه إبراء لا إقرار بالقبض .

رجوع الكفيل على الأصيل حالة تعدد الكفلاء : إذا كفل رجلان رجلاً بألف ليرة مثلاً ، ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ، فأدى أحدهما ما عليه ، فلا يرجع على صاحبه بشيء مما أدى ؛ لأنه أدى عن نفسه لا عن صاحبه ، ولكنه يرجع على الأصيل ؛ لأنه كفيل عنه بأمره .

فإن كفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ، فالقول قول الكفيل فيما أدى أنه من كفالة الكفيل الآخر ، أو من كفالة نفسه ؛ لأنه لزمه المطالبة بالمال من وجهين :

أحدهما ـ من جهة كفالة نفسه عن الأصيل .

والثاني ـ من جهة الكفالة عن صاحبه . وليس أحد الوجهين أولى من الآخر ، فكان له ولاية الأداء عن أيهما شاء .

---

(1) المبسوط : ٩٣/٢٠ ، فتح القدير : ٤١٣/٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٢٨٧/٤ وما بعدها .

وإذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ، فما أدى كل واحد منهما ، يكون عن نفسه إلى نصف المكفول به : وهو خمسمائة ليرة في مثالنا . ولا يقبل قوله فيه أنه أدى عن شريكه لا عن نفسه ، بل يكون عن نفسه إلى هذا القدر ، فلا يرجع على شريكه . كما لا يقبل قوله أيضاً حين الأداء أنه يؤدي عن شريكه لا عن نفسه .

ولا يرجع على شريكه مالم يزد المؤدى عن نصف المكفول به وهو خمسمائة في مثالنا ، فإن زاد على خمسمائة يرجع بالزيادة إن شاء على شريكه ، وإن شاء على الأصيل .

وهذه القاعدة تنطبق أيضاً في فروع أخرى منها : لو اشترى رجلان شيئاً بألف ليرة ، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن ، فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ، ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف .

ومنها : أن الشريكين شركة مفاوضة إذا افترقا وعليهما دين ، فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما ، وأيهما أدى شيئاً لا يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف[1] .

وأما ما يرجع به الكفيل على الأصيل : فهو أنه يرجع عند الحنفية بما ضمن ، لا بما أداه ؛ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل ، فيرجع بما تمت الكفالة عليه . فلو كانت الكفالة على شيء جيد ، فأدى ما هو أدون منه ، فإنه يرجع على الأصيل بالجيد .

وكذلك إذا كفل ديناً نقدياً ، فأدى عنه مكيلاً أو موزوناً أو عروض تجارة ، فإنه يرجع بما كفل ، لا بما أدى .

وهذا بخلاف الوكيل بقضاء الدين ، فإنه يرجع على الموكل بما أدى لا بالدين ،

---

(١) البدائع : ٦/١٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/٤٣٧ وما بعدها ، المبسوط : ٢٠/٣٤ ، الدر المختار : ٤/٢٩٨ .

لأنه بالأداء ما ملك الدين ، بل أقرض ما أداه الموكل ، فيرجع عليه بما أقرضه . أما في حالة الصلح على بعض الدين فإنه يرجع بما صالح به ، لا بكل الدين ، لأنه بأداء البعض لم يملك ما في ذمة الأصيل وهو كل الدين ، إذ لا يمكن اعتبار الصلح تمليكاً ؛ لأنه يؤدي إلى الربا[1] .

وقال المالكية والشافعية في الأصح عندهم : يرجع الكفيل بما غرم (أي بما أدى فعلاً) لأنه هو الشيء الذي بذله . وكذلك في حالة الصلح أو الإبراء من بعض الدين يرجع الكفيل بما أدى[2] .

وقال الحنابلة : يرجع الكفيل على الأصيل بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين ؛ لأنه إن كان الأقل هو الدين ، فالزائد لم يكن واجباً ، فهو متبرع بأدائه .

وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم[3] ، فيكون مذهبهم كالمالكية والشافعية .

متى يرجع الكفيل على الأصيل ؟ ليس للكفيل أن يطالب الأصيل (المكفول عنه) بالمال الذي كفله عنه قبل أن يؤديه عنه ؛ لأنه لا يملكه قبل الأداء ، بخلاف الوكيل بالشراء ، حيث يرجع قبل الأداء كما بينا سابقاً ؛ لأنه بمنزلة البائع . فإن لوزم الكفيل بالمال المكفول به ، كان له أن يلازم الأصيل المكفول عنه . وإن حبس به ، كان له أن يحبسه ، حتى يخلصه ؛ لأنه لم يلحقه من السوء ما لحقه ، إلا بسببه ، فيجازى بمثله[4] .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص١٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣/٣٤٦ ، مغني المحتاج : ٢/٢٠٩ وما بعدها .

(٣) المغني : ٤/٥٥١ .

(٤) الكتاب مع اللباب : ٢/١٥٧ .

ملحق ـ أخذ الأجر على الكفالة في الوقت الحاضر :

الكفالة عقد تبرع ، وطاعة يثاب عليها الكفيل ؛ لأنها تعاون على الخير ، وللكفيل الرجوع على المكفول عنه بما تحمله من مسؤولية الضمان إذا دفعه لصالح الجهة المكفول لها . والأولى أن تتم تبرعاً بدون مقابل ، فذلك أبعد عن الشبهة . ولو قام المكفول له بتقديم شيء من المال للكفيل هبة أو هدية ، جاز ، جزاء المعروف الذي أسداه له الكفيل . لكن إن شرط الكفيل تقديم مقابل أو أجر على كفالته ، وتعذر على المكفول عنه تحقيق مصلحته من طريق المحسنين المتبرعين ، جاز دفع الأجر للضرورة أو الحاجة العامة ، لما يترتب على عدم الدفع من تعطيل المصالح كالسفر للخارج للدراسة أو للارتزاق ، أو لتأجيل الجندية ونحوها ، وأساس القول بالجواز فيه : أن الفقهاء أجازوا دفع الأجر للحاجة لأداء القربات والطاعة من تعليم قرآن وممارسة الشعائر الدينية ، كما أنهم أجازوا دفع شيء من المال على سبيل الرشوة للوصول إلى الحق أو دفع الظلم ، أو الدفع لعدو لدرء خطره وضرره عن البلاد . والمكفول عنه يحقق بالكفالة منفعة له تتعين الكفالة المأجورة سبيلاً إليها ، لكن يجب عدم الاستغلال أو المغالاة في اشتراط المقابل ، مراعاة لأصل مشروعية الكفالة وهو التبرع .

الفصل الحادي عشر

الحَوالَة

خطة الموضوع :

نتكلم عن عقد الحوالة في المباحث الآتية :

المبحث الأول ـ تعريف الحوالة ومشروعيتها وركنها وصيغتها .

المبحث الثاني ـ شروط الحوالة .

المبحث الثالث ـ أحكام الحوالة .

المبحث الرابع ـ انتهاء الحوالة .

المبحث الخامس ـ رجوع المحال عليه على المحيل .

ونبدأ الكلام عن :

المبحث الأول ـ تعريف الحوالة ومشروعيتها وركنها وصيغتها :

تعريف الحوالة : الحوالة في اللغة : الانتقال ، يقال : حال عن العهد : أي انتقل عنه وتغير . وفي الاصطلاح عند الحنفية : نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم ، بخلاف الكفالة ، فإنها ضم في المطالبة لا نقل ، فلا يطالب المدين بعد الحوالة بالاتفاق . وهل ينتقل الدين أم لا ؟ اختلف أئمة الحنفية فيه ، والصحيح أنه ينتقل كما

سيأتي بيانه . لذا عرف صاحب العناية الحوالة بقوله : الحوالة في اصطلاح الفقهاء :تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به[1] .

وعرفها غير الحنفية بأنها عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة[2] .

مشروعيتها : الحوالة بالدين جائزة بالسنة والإجماع استثناء من منع التصرف في الدين بالدين .

أما السنة فقوله ﷺ : « مَطل الغني ظلم ، وإذا اتبع أحدكم على مليء[3] فليتَّبع »[4] : أي فليحتل ، كما رواه البيهقي . وفي رواية الطبراني في معجمه الوسط : « ومن أحيل على مليء فليتبع » وفي رواية أحمد وابن أبي شيبة : « ومن أحيل على مليء فليحتل » وقد يروى : « فإذا أحيل » . وجمهور العلماء على أن الأمر المذكور أمر استحباب فلا يجب قبول الحوالة . وقال داود وأحمد : الأمر للوجوب ، فيجب على المحال قبول الحوالة[5] .

وأما الإجماع : فقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة[6] . فهي عقد جائز

---

(١) فتح القدير مع العناية :٥/٤٤٣ ، وانظر الدر المختار أيضاً : ٤/٣٠٠ ، مجمع الضمانات : ص٢٨٢ .

(٢) الشرح الكبير: ٣/٣٢٥ ، مغني المحتاج : ٢/١٩٣ ، المغني : ٤/٥٢٨ ، غاية المنتهى : ٢/١١٤ ، كشاف القناع : ٣/٣٧٠ .

(٣) المطل بالدين : المماطلة به ، من مطلت الحديدة : إذا ضربتها ومددتها لتطول . والمليء : الغني ، وأصله الواسع الطويل .

(٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة وابن أبي شيبة والطبراني في معجمه الوسط عن أبي هريرة ، ورواه أيضاً أحمد وابن ماجه والترمذي عن ابن عمر بلفظ : «مطل الغني ظلم ، وإذا أحلت على مليء فاتبعه» ورواه أيضاً البزار عن جابر بلفظ : «مطل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» وفيه ضعيف . (راجع نصب الراية : ٤/٥٩ ، التلخيص الحبير: ص٢٥٠ ، مجمع الزوائد : ٤/١٣٠ ، سبل السلام: ٣/٦١ ، نيل الأوطار: ٥/٢٣٦) . وكلمة «فليتبع» الأكثر على التخفيف ، وقيده بعضهم بالتشديد ، والأول أجود ، والمعنى: إذا أحيل فليحتل ، أي فليقبل الحوالة .

(٥) سبل السلام: ٣/٦١ ، المغني : ٤/٥٢٧ ، الميزان للشعراني : ٢/٨٠ .

(٦) انظر المغني : ٤/٥٢١ ، المهذب : ١/٣٣٧ ، مغني المحتاج : ٢/١٩٣ ، بداية المجتهد :٢/٢٩٤ ، فتح القدير: ٥/٤٤٤ .

في الـديون دون الأعيـان ؛ لأنهـا تنبئ عن النقل ، والتحويل يكـون في الـدين لا في العين ، أي أن النقل الحكمي لا يكون في العين فلا تصح فيها الحوالة .

ركن الحوالة : ركن الحوالـة عنـد الحنفيـة : الإيجـاب من المحيل ، والقبول من المحال والمحال عليه ، بألفاظ مخصوصة هي صيغة الحوالة . فـالإيجـاب : أن يقول المحيل للـدائن : أحلتـك على فلان . والقبول من المحـال والمحـال عليـه : أن يقول كل واحـد منهما : قبلت أو رضيت أو نحوهما . والسبب في أنـه لابـد من رضـا المحـال عليـه عنـد الحنفية : هو أن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته ، فلا يتم إلا بقبوله ورضاه ، إذ أنه الذي يلزمـه الـدين ، ولا لزوم إلا بـالتزامـه ، وكونـه مـدينـاً للمحيل لا يمنع من تغير صفة الالتزام ؛ لأن الناس يتفاوتون في اقتضاء الدين سهولـة ويسراً ، أو صعوبة وعسراً .

وأما رضا المحال : فلا بد منه ؛ لأن الدين حقه ، وهو في ذمة المحيل ، والـدين هو الذي ينتقل بالحوالة ، والذمم متفاوتة في حسن القضـاء والمطل ، فلا بـد من رضـاه ، وإلا لزم الضرر بإلزامه اتباع من لا يوافيه .

وأما المحيل فقد شرط القدوري رضـاه ؛ لأن ذوي المروءات قـد يـأنفون بتحمل غيرهم مـا عليهم من الـدين ، وذكر في الزيـادات وهو الرأي المختـار عنـد بعضهم : أن الحوالة تصح بدون رضـاه ؛ لأن التزام الـدين من المحـال عليـه تصرف في حق نفسـه ، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه[1] .

وقال الحنابلة والظاهرية : يشترط رضا المحيل فقط ، وأمـا المحـال والمحـال عليـه فيلزمهما قبول الحوالـة ؛ لأن الأمر في الحـديث عنـدهم للوجـوب كما عرفنـا ، ولا يعتبر رضاهما[2] ، بعكس الحنفية تماماً ، واكتفى الحنابلة باشتراط علم المحال به والمحال عليه .

---

(١) البدائع : ١٥/٦ وما بعدها ، فتح القدير : المرجع السابق : مع العناية بهامشه ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٢ ، رد المحتار : ٣٠١/٤ وما بعدها .

(٢) المغني : ٥٢٢/٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٧ ، غاية المنتهى : ١١٤/٢ ، كشاف القناع : ٣٧٤/٣ .

والسبب في عدم اشتراط رضا المحال عليه هو أن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله ، وقد أقام المحال مقام نفسه في القبض ، فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل .

وقال المالكية في المشهور عندهم والشافعية في الأصح عندهم : يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال فقط ؛ لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء ، فلا يلزم بجهة معينة ، وحق المحال في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلا برضاه ؛ لأن الذمم تتفاوت في الأداء والقضاء . وأما المحال فلا يجب عليه الرضا بالحوالة ؛ لأن الأمر في الحديث الوارد بمشروعية الحوالة للاستحباب ، فلا يلزم المحال قبول الإحالة .

ولا يشترط رضا المحال عليه ؛ لأنه محل الحق والتصرف ، ولأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بغيره ، والأمر هو مجرد تفويض بالقبض ، فلا يعتبر رضا من عليه ، كما لو وكل إنسان غيره بقبض دينه ، ويخالف المحال عليه المحال بأن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع ، أما المحال عليه فالحق عليه ، فلا يعتبر رضاه ، كالشيء المبيع[1] .

يفهم مما سبق أن للحوالة عند الجمهور غير الحنفية أركاناً أو عناصر ستة تقوم عليها وهي : محيل وهو المدين ، ومحال ويسمى أيضاً محتالاً وحويلاً وهو رب الدين أو الدائن ، ومحال عليه أو محتال عليه وهو الذي التزم الدين للمحال ، ومحال أو محتال به : وهو نفس الدين الذي للمحال على المحيل ، ودين للمحيل على المحال عليه ، وصيغة[2] .

المبحث الثاني ـ شروط الحوالة :

يشترط لصحة الحوالة عند الحنفية شروط تتعلق إما بالمحيل ، أو بالمحال ، أو بالمحال عليه ، أو بالمحال به .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/ ٢٩٤ ، الشرح الكبير : ٣/ ٣٢٥ ، المهذب : ١/ ٣٣٨ ، مغني المحتاج : ٢/ ١٩٣ وما بعدها .

(٢) راجع مغني المحتاج ، المرجع السابق ، فتح القدير : ٥/ ٤٤٣ .

شروط المحيل : يشترط في المحيل شرطان :

أولاً ـ أن يكون أهلاً للعقد بأن يكون عاقلاً بالغاً ، فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لأن العقل شرط لممارسة أي تصرف .

ولا تنفذ حوالة الصبي المميز ، وإنما تتوقف على إجازة وليه ، فالبلوغ إذاً شرط نفاذ لا انعقاد .

ثانياً ـ رضا المحيل : فلو كان مكرهاً على الحوالة لا تصح ؛ لأن الحوالة إبراء فيها معنى التمليك ، فتفسد بالإكراه كسائر التمليكات[1] . ووافقهم المالكية والشافعية والحنابلة في هذا الشرط .

وقال ابن كمال في الإيضاح : وأما رضا المحيل فإنما يشترط للرجوع عليه .

شروط المحال : يشترط في المحال شروط ثلاثة :

أولاً ـ أن يكون أهلاً للعقد كالشرط في المحيل بأن يكون عاقلاً ؛ لأن قبوله ركن في العقد ، وغير العاقل ليس من أهل القبول . وبأن يكون بالغاً وهو شرط نفاذ لا شرط انعقاد كما بينا ، فإذا كان المحال غير بالغ ، فيحتاج في الحوالة لإجازة وليه .

ثانياً ـ الرضا : فلا تصح الحوالة إذا كان المحال مكرهاً ، لما ذكرنا ، ووافقهم المالكية والشافعية في هذا الشرط .

ثالثاً ـ أن يتم قبوله في مجلس الحوالة : وهذا شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد ، فلو كان المحال غائباً عن المجلس ، فبلغه الخبر ، فأجاز ، لا ينفذ عندهما . وعند أبي يوسف : هذا شرط نفاذ . قال الكاساني : والصحيح قولهما ؛ لأن قبول المحال أحد أركان الحوالة[2] .

---

(١) البدائع : ٦/١٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٢ .

(٢) المرجعان السابقان .

شروط المحال عليه : يشترط في المحال عليه شروط ثلاثة هي نفس شروط المحال :

أولاً - أن يكون أهلاً للعقد ، بأن يكون عاقلاً بالغاً ، فلا تصح الحوالة على الصبي والمجنون ، إلا أن البلوغ يعتبر هنا شرط انعقاد ، فلا يصح من الصبي قبول الحوالة أصلاً .

ثانياً - الرضا : فلو أكره على قبول الحوالة ، لا يصح العقد ، ولم يشترط المالكية رضا المحال عليه .

ثالثاً - أن يتم قبوله في مجلس العقد ، وهو شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد[1] .

شروط المحال به : يشترط باتفاق العلماء شرطان في المحال به وهما[2] :

أولاً - أن يكون ديناً : أي أن يكون هناك دين للمحال على المحيل . فإن لم يكن هناك دين ، فيكون العقد وكالة تثبت فيها أحكامها ، وليس حوالة . ويترتب عليه أنه لا تصح الحوالة بالأعيان القائمة ؛ لأنها لا تثبت في الذمة .

ثانياً - أن يكون الدين لازماً : فلا تصح الحوالة - في الماضي - على المكاتب ببدل الكتابة ؛ لأنه دين غير لازم ؛ لأن السيد لا يجب له على عبده دين . وفي الجملة : إن كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به .

كذلك لا تصح الحوالة إذا كان دين المحيل في ذمة المحال عليه غير لازم كدين صبي وسفيه بغير إذن ولي ، فلا تصح الإحالة عليهما لعدم لزوم هذا الدين ؛ لأن لولي الصغير والسفيه طرح الدين عنهما وإسقاطه .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) البدائع : ٦/١٦ ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٥ ، الشرح الكبير : ٣/٣٣٥ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢/١٩٤ ، المهذب : ١/٣٣٧ ، المغني : ٤/٥٣٣ .

ومثله أيضاً ثمن سلعة مبيعة بالخيار قبل لزومه ؛ لأنه يعد ديناً غير لازم .

وأما وجوب الدين على المحال عليه للمحيل قبل الحوالة ، فليس بشرط عند الحنفية لصحة الحوالة ، فإن الحوالة تصح سواء أكان للمحيل على المحال عليه دين أم لم يكن ، وسواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة .

واشترط المالكية[1] في المحال به ثلاثة شروط :

الأول ـ أن يكون الدين المحال به قد حلَّ .

الثاني ـ أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال عليه في الصفة والمقدار ، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر أو أدنى أو أعلى ؛ لأنه يخرج عن الإحالة إلى البيع ، فيدخله الدين بالدين .

الثالث ـ ألا يكون الدينان أو أحدهما طعاماً من سلم ؛ لأنه من بيع الطعام قبل قبضه .

نوعا الحوالة عند الحنفية : الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة .

فالمطلقة : أن يحيل شخص غيره بالدين على فلان ، ولا يقيده بالدين الذي عليه ، ويقبل الرجل المحال عليه . ولم يقل بجوازها غير الحنفية ، ووافقهم فيها الشيعة الإمامية والزيدية على الراجح عندهم . والحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة غير الحنفية حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه تعد كفالة محضة ، ولا بد فيها من رضاء الأطراف الثلاثة بها (وهم الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً) .

والمقيدة : أن يحيله ويقيده بالدين الذي له عليه . وهذه هي الحوالة الجائزة

باتفاق العلماء[1] .

وكلا النوعين جائز لقوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيل على مليء فليتبع » إلا أن الحوالة المطلقة تختلف عن الحوالة المقيدة في بعض الأحكام كما يأتي[2] .

١ ـ إذا كانت الحوالة مطلقة ولم يكن للمحيل على المحال عليه دين ، فإن المحال يطالب المحال عليه بدين الحوالة فقط .

وإن كان له عليه دين ، ولم يقيد الحوالة به بأن لم يقل : « أحيله عليك بما لي عليك » أو « على أن تعطيه مما عليك » وقبل المحال عليه ، فإن المحال عليه يطالب بدينين : دين الحوالة ودين المحيل ، فالمحال يطالب بدين الحوالة ، والمحيل يطالب بالدين الذي له عليه ، كما إذا كان عند رجل ألف ليرة وديعة ، فأحال شخصاً عليه بألف ليرة ، ولم يقيده بالألف الوديعة ، فقبله ، فللمحيل أن يأخذ الوديعة ، وعلى المحال عليه أداء الألف بالحوالة .

فأما إذا قيد الحوالة بالدين الذي له عليه ، فليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه ؛ لأنه قيد الحوالة بهذا الدين ، فيقيد به ، أي يتعلق به حق المحال ، ويكون هذا الدين ، بمنزلة الرهن عنده ، وإن لم يكن رهناً حقيقة ، فإذا أدى المال تقع المقاصة بين المحال عليه والمحيل .

٢ ـ إذا كانت الحوالة مقيدة وظهرت براءة المحال عليه من الدين الذي قيدت به

---

(١) وهي في رأي القانوني الدكتور السنهوري أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين ، من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق بالفقه القانوني (الوسيط : ف ٢٤٠) ، ويرى السنهوري أيضاً أن الفقه الإسلامي لم يقر حوالة الدين بالمعنى المفهوم في الفقه الغربي في أي مذهب من مذاهبه . وقد أقر حوالة الحق بشروط معينة في أحد مذاهبه وهو مذهب مالك ، دون المذاهب الأخرى عن طريق هبة الدين أو بيع الدين لغير المدين (الوسيط : ف ٢٤٠) .

(٢) راجع البدائع : ١٦/٦ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٠٦/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٣ .

الحوالة ، بأن كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع ، تبطل الحوالة ؛ لأنه لما قيد الحوالة بالدين فقد تعلق الدين بالحوالة ، فإذا ظهر أنه لا دين ، فقد ظهر أنه لا حوالة .

أما إذا كانت الحوالة مطلقة وظهرت براءة المحال عليه من الدين ، فإنها لا تبطل ؛ لأن الدين لم يتعلق بالحوالة ، وإنما تعلق بالذمة ، فلا يظهر أن الحوالة كانت باطلة .

٣ ـ إذا كان الحوالة مقيدة ثم مات المحيل قبل أن يؤدي المحال عليه الدين إلى المحال ، وكان على المحيل ديون أخرى غير دين المحال ، وليس له مال سوى هذا الدين الذي على المحال عليه ، فإنه لا يكون المحال أحق به من بين سائر الغرماء (أي الدائنين) عند أئمة الحنفية الثلاثة . وعند زفر : يكون أحق به من بين سائر الغرماء كالرهن . ورد عليه بأن هناك فرقاً بين الحوالة والرهن وهو أن المرتهن **يتحمل** وحده غرم الرهن ، فيختص بغنمه أخذاً بالحديث : « الخراج بالضمان »[1] أي أن الغنم بالغرم ، أما المحال فلم يختص بتحمل غرم المال ، فلا يكون له الحق في أن يختص بالغنم ، وحينئذ يكون له الحق في مقاسمة الغرماء فقط .

أما إذا كانت الحوالة مطلقة : فإنه يؤخذ من المحال عليه جميع الدين الذي عليه ، ويقسم بين غرماء المحيل ، ولا يدخل المحال في تلك المقاسمة ؛ لأن الحوالة لم تتعلق بالدين ، ولأن حق المحال ثبت عند المحال عليه فقط .

حوالة الحق : هي نقل الحق من دائن إلى دائن ، أو بتعبير آخر : حلول دائن

(١) أخرجه أحمد والشافعي وأبو داود الطيالسي ، وأصحاب السنن الأربعة وصححه الترمذي وابن حبان وابن الجارود والحاكم وابن القطان عن عائشة أن النبي ﷺ قضى أن « الخراج بالضمان » الخراج : هو الدخل والمنفعة أي يملك المشتري الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذي عليه أي بسببه ، فالباء للسببية . وفي رواية النسائي : أن رسول الله ﷺ قضى أن « الخراج بالضمان ، ونهى عن ربح ما لم يضمن » وفي رواية : « أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله ، ثم وجد به عيباً فرده بالعيب ، فقال البائع : غلة عبدي ، فقال النبي ﷺ : الغلة بالضمان » وهناك لفظ آخر لهذه الرواية (انظر جامع الأصول : ٢/ ٢٨ ـ ٣٢ ، نيل الأوطار : ٥/ ٢١٣) .

محل دائن بالنسبة إلى المدين . فإذا تبدل دائن بدائن في حق مالي متعلق بالذمة ، لا بعين ، كانت الحوالة حوالة حق . والدائن فيها هو المحيل ، إذ هو يحيل غيره ليستوفي حقه .

وهي تقابل حوالة الدين : وهي تبدل المدين بالنسبة إلى الدائن أي تبديل مدين بمدين ، والمحيل فيها : هو المدين ، إذ هو إنما يحيل على غيره لوفاء دينه . وهي مشروعة باتفاق العلماء كما بينا .

وحوالة الحق جائزة أيضاً باتفاق المذاهب الأربعة ، وليس فقط عند غير الحنفية ، كما فهم بعض أساتذة الشريعة ، والقانون ؛ لأن الحوالة المقيدة المشروعة عند الحنفية تتضمن حوالة حق ، إذ يكون الإنسان فيها مديناً لشخص ودائناً لآخر ، فيحيل دائنه على مدينه ، ليقبض الدائن المحال دين المحيل من مدينه المحال عليه ، فهي حوالة حق وحوالة دين في وقت واحد .

وقد عرفنا أن غير الحنفية لا يجيزون إلا الحوالة المقيدة ، فهي الحوالة إطلاقاً ، ويشترط في المقيدة عندهم تساوي الدين المحال به والدين المحال عليه في الصفة والمقدار ، فإن تساويا جنساً وقدراً صحت الحوالة ، وإن اختلفا في شيء مما ذكر لم تصح الحوالة .

أما الحوالة المطلقة فهي **حوالة دين فقط** ، إذ يحيل بها المدين دائنه على آخر ، فيتبدل فيها المدين ، ويبقى الدائن هو نفسه .

ومن صور حوالة الحق ضمن الحوالة المقيدة : أن يحيل البائع دائنه على المشتري بالثمن . ويحيل المرتهن على الراهن بالدين ، وتحيل الزوجة على زوجها بالمهر . ويحيل صاحب الحق في ريع الوقف دائنه على ناظر الوقف في حقه من الغلة بعد حصولها في يد الناظر . ويحيل الغانم حقه في الغنيمة المحرزة على الإمام . ففي كل هذه الأمثلة

حل دائن جديد ـ وهو المحال ـ محل الدائن الأصلي وهو البائع ، أو المرتهن أو الزوجة ، أو مستحق غلة الوقف ، أو الغانم .

ومنشأ اللبس في فهم مذهب الحنفية حول حوالة الحق راجع إلى أن الحنفية لا يرون الحوالة نوعاً من البيع تجري فيها كل أحكامه ، بل هي عندهم عقد مستقل شرع لغاية معينة يحتاج إليه التعامل ، وليس فرعاً من غيره ، ولكن فيه تشابه مع عقود وتصرفات أخرى في بعض النواحي ، فالحوالة تشبه البيع (بيع الدين أو الحق) وليست ببيع ، وتشبه الكفالة وليست بكفالة ، وتشبه قبض الدين وليست قبضاً ، وتشبه الوكالة بالقبض أو بالأداء وليست بوكالة ، وتشبه ما يسمى بلغة العصر اليوم فتح الاعتماد ، وليست به ، وفيها بعض سمات التبرع ، وبعض سمات المعاوضة إلخ ... وقد أخذت الحوالة أحكاماً متنوعة تتناسب مع تلك المشابهات العديدة فيها .

وإذا كان الحنفية لا يجيزون تمليك أو بيع الدين لغير من عليه الدين ، فلا يعني أنهم ينكرون حوالة الحق ، إذ أن تبدل دائن بدائن ، لا يفيد عندهم تمليك الدين لغير من هو عليه ؛ لأن مقتضى الحوالة هو نقل الدين أو نقل المطالبة به إلى المحل الجديد ، نقلاً مؤقتاً بعدم التوى (أي موت المحال عليه أو إفلاسه أو جحوده الحوالة) لا تمليكه ، وإنما يملك المحال ما يقبضه وفاءً به بعد تنفيذ الحوالة بالقبض ، وبذلك تكون الحوالة عندهم غير البيع .

أما غير الحنفية الذين يجيزون حوالة الحق فمستندهم هو إطلاق الترخيص الشرعي الثابت في شأن الحوالة ، سواء بعدئذ أكانت بيع دين بدين أم لم يكن .

إذ أن هؤلاء مختلفون في مسألة بيع الدين بالدين أو هبته لغير من هو عليه ، فالمالكية والشافعية يجيزونه بشروط ، مثل شرط قبض العوض أو تعينه في مجلس البيع وأن يكون الدين المبيع غير طعام ، وأن يكون الثمن من غير جنس المبيع ، وأن يقع البيع لغير خصم المدين ، حتى لا يكون في البيع إعنات للمدين بتمكين خصمه منه . فليست حوالة الحق عندهم بيع دين بدين .

والحنابلة : لا يجيزونه .

والخلاصة : أن الحوالة عند الفقهاء المسلمين ليست بيعاً ، وإنما هي عقد خاص ، يفترق عن البيع في شرائطه ونتائجه[1] . والمالكية والشافعية الذين يجيزون هبة الدين أو بيع الدين لغير المدين تظهر عندهم حوالة الحق في هذين العقدين بنحو كامل واضح . لكن بشرط تحقيق شروط الهبة كالإذن بالقبض ، وشروط بيع الدين .

المبحث الثالث ـ أحكام الحوالة

يترتب على الحوالة أحكام[2] :

أولاً ـ براءة المحيل : إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين عند جماهير الفقهاء . ولا تنتقل تأمينات الدين من رهن أو كفالة ، بل تنقضي .

وقال الحسن البصري : لا يبرأ المحيل إلا بالإبراء .

وقال زفر من الحنفية : الحوالة لا توجب براءة المحيل ، ويبقى الحق في ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها ، وقاس الحكم على الكفالة ، إذ كل واحد منهما عقد توثق .

وهذا ليس بصحيح ؛ لأن الحوالة مشتقة من التحويل وهو نقل الحق فكان معنى الانتقال لازماً فيها ، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ، ومعنى التوثق يحصل بسهولة التوصل إلى الحق باختيار الأكثر ملاءة والأحسن قضاء .

أما الكفالة : فهي مشتقة من الضم أي ضم ذمة إلى ذمة ، فعلق على كل من الكفالة والحوالة مقتضاه ، وما دل عليه لفظه ؛ لأن أحكام العقود الشرعية تتنزل على

---

(١) راجع الموسوعة الفقهية في الكويت ـ بحث الحوالة : ص ٩٥ ـ ١٠٠ ، مدخل نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للأستاذ الزرقاء : ص ٦٤ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٧/٦ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١٦٠/٢ .

وفق المعاني اللغوية[1] .

واختلف أئمة الحنفية في **كيفية النقل الذي يتم بالحوالة :** فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إنها نقل المطالبة والدين جميعاً من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، ولكن الدين يعود إلى ذمة المدين إذا توي عند المحال عليه (والتوى : هو الموت مفلساً ، وجحود الحوالة ولا بينة ، وزاد الصاحبان : الإفلاس وهو حي) . فلو أبرأ الدائن المحال عليه من الدين ، صح الإبراء ، ولو أبرأ المدين لا يصح ، وقال محمد : إنها نقل المطالبة وحدها دون الدين ، فأصل الدين باق في ذمة المحيل . وقد استدل كل منهم بأدلة يظهر منها أن أدلة الفريق الأول أرجح بدليل أنه لو أبرئ المحيل من الدين أو وهب الدين له لا يصح التصرف ؛ لأن الدين انتقل إلى ذمة المحال عليه ، وفرغت ذمة المحيل من الدين ، وبدليل أن الحوالة يترتب عليها النقل ؛ لأنها مشتقة من التحويل وهو النقل ، فتقتضي نقل ما أضيفت إليه وهو الدين ، لا المطالبة فقط .

وعند زفر كما بينا : لا ينتقل الدين ولا المطالبة إلى ذمة المحال عليه ، بل تضم ذمة المحال عليه إلى ذمة المدين في المطالبة فيكون المحال عليه كفيلاً للمدين .

ثانياً ـ ثبوت ولاية المطالبة للمحال على المحال عليه بدين في ذمته ؛ لأن الحوالة اقتضت النقل إلى ذمة المحال عليه بدين في ذمته ، وهو نقل الدين والمطالبة جميعاً كما رجحنا .

ثالثاً ـ ثبوت حق الملازمة للمحال عليه على المحيل إذا لازمه المحال فكلما لازمه المحال ، فله أن يلازم المحيل ليتخلص من ملازمة المحال ، وإذا حبسه له أن يحبسه إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ، ولم يكن على المحال عليه دين يماثله للمحيل ، أي أن الحوالة

---

(١) راجع البدائع : ٦/ ١٧ ، فتح القدير : ٥/ ٤٤٥ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٢ ، الدر المختار : ٤/ ٣٠٠ ، الشرح الكبير : ٣/ ٣٢٨ ، مغني المحتاج : ٢/ ١٩٥ ، المهذب : ١/ ٣٣٨ ، المغني : ٤/ ٥٢٥ .

مطلقة . أما إذا كانت الحوالة بغير أمره ، أو كانت بأمره ولكن للمحيل على المحال عليه دين مثله ، أي أن الحوالة مقيدة ، فليس للمحال عليه أن يلازم المحيل إذا لوزم ، ولا أن يحبسه إذا حبس .

المبحث الرابع ـ انتهاء الحوالة

تنتهي الحوالة بأمور[1] :

١ ـ فسخ الحوالة : إذا فسخت الحوالة يعود الحق للمحال في أن يطالب المحيل . والفسخ في اصطلاح الفقهاء : هو إنهاء العقد قبل أن يبلغ غايته .

٢ ـ أن يتوى[2] حق المحال بموت أو إفلاس أو غيره : وهو مذهب الحنفية بدليل ما روي عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه : « إذا مات مفلساً عاد الدين إلى ذمة المحيل » ، ولأن الحوالة مقيدة بسلامة حق المحال له ، لأنه هو المقصود ، فصار كوصف السلامة في المبيع .

والتوى عند أبي حنيفة بأحد أمرين : إما أن يموت المحال عليه مفلساً أو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ؛ لأن العجز عن الوصول إلى الحق يتحقق بكل واحد منهما ، وهو التوى في الحقيقة .

وقال الصاحبان : يتحقق التوى بوجه ثالث : وهو أن يفلس المحال عليه حال حياته ، ويقضي القاضي بإفلاسه حال حياته . وهذا مبني على قاعدة أخرى مختلف فيها بين الإمام وصاحبيه : وهي أن القاضي يقضي بالإفلاس حال الحياة عندهما ، وعنده : لا يقضي به لأن مال الله غاد ورائح .

---

(١) البدائع : ٦/ ١٨ وما بعدها ، فتح القدير : ٥/ ٤٤٧ ، المبسوط : ٢٠/ ٥٢ ، الدر المختار : ٤/ ٣٠٤ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٢ .

(٢) التوى في اللغة : الهلاك والتلف . يقال توي بوزن علم يتوى توى ، وفي الاصطلاح كما سنذكر عن أئمة الحنفية : هو تعذر تحصيل الدين بسبب لا دخل للمحال فيه كإفلاس المحال عليه مثلاً .

وإذا تحقق التوى يرجع صاحب الدين على المحيل .

وقال الحنابلة والشافعية والمالكية : إذا تمت الحوالة وانتقل الحق ورضي المحال ، لم يعد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحق ، أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غيرها . فلو كان المحال عليه مفلساً عند الحوالة ، وجهله المحال ، فلا رجوع له على المحيل ؛ لأنه مقصر بترك البحث ، فأشبه من اشترى شيئاً هو مغبون فيه ، فإن شرط المحال يسار المحال عليه ، فبان معسراً ، رجع على المحيل عند الحنابلة والمالكية ، لقول النبي ﷺ : « المسلمون عند شروطهم »[1] .

والمالكية قالوا أيضاً : لكن يرجع المحال على المحيل إذا غرره بأن أحاله على معدم مفلس . ودليل هؤلاء في الجملة أن جد سعيد بن المسيب : « كان له على علي رضي الله عنه دين ، فأحاله به ، فمات المحال عليه ، فأخبره ، فقال : اخترت علينا ، أبعدك الله » فأبعده بمجرد الحوالة ، ولم يخبره أن له الرجوع ، ولأن الحوالة تقتضي البراءة من الدين ، وقد حصلت مطلقة عن شرط سلامة الحق ، فتفيد البراءة مطلقاً .

وأما حديث عثمان (الذي استدل به الحنفية) فلم يصح ، ولو صح كان قول علي مخالفاً له[2] .

٣ ـ أداء المحال عليه المال إلى المحال : وهذا أمر بدهي ، فإذا أدى المحال عليه المال انتهت الحوالة ، إذ أن حكمها قد انتهى .

٤ ـ أن يموت المحال ويرث المحالُ عليه مالَ الحوالة ؛ لأن الإرث من أسباب الملك ، فيملك المحال عليه الدين في هذه الحال . وتنتهي الحوالة المقيدة عند أبي حنيفة

(١) رواه الترمذي والحاكم عن عمرو بن عوف (راجع نصب الراية : ٤/ ١١٢ ، سبل السلام : ٣/ ٥٩) ، وقد سبق تخريجه .

(٢) المغني : ٤/٥٢٦ ، بداية المجتهد : ٢/٢٩٦ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٧ ، الشرح الكبير : ٣/٣٢٦ ، المهذب : ١/٣٣٨ ، مغني المحتاج : ٢/١٩٥ وما بعدها .

وصاحبيه ، خلافاً لبقية الفقهاء ، بموت المحيل لدخول المال الذي قيدت بـه الحوالـة في تركة المحيل .

٥ ـ أن يهب المحال المال للمحال عليه ويقبل الهبة .

٦ ـ أن يتصدق المحال على المحال عليه ، ويقبل الصدقة ؛ لأن الهبـة والصـدقـة في معنى الإرث أو الأداء .

٧ ـ أن يبرئ المحال المحال عليه .

المبحث الخامس ـ رجوع المحال عليه على المحيل

الكلام هنا في موضعين : شرائط الرجوع ، وبيان ما يرجع به .

أما **شرائط الرجوع** فهي ما يأتي :

١ ـ أن تكون الحوالـة بـأمر المحيل : فـإن كانت بغير أمره لا يرجع مثل أن يقول رجل للدائن : إن لك على فلان كذا وكذا من الدين ، فاحتل بها علي ، فرضي بذلك ، جازت الحوالة . ولكنه إذا أدى المحـال عليـه المـال لا يرجع على المحيل ؛ لأنـه سيكون حينئذ متبرعاً ، ولم يحصل معنى التمليك للدين من المحـال للمحـال عليـه ، فلا يحق لـه الرجوع .

٢ ـ أداء مال الحوالة أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة إذا قبل المحال عليه ، وكذا إذا ورث المحال عليه المحال ؛ لأن الإرث من أسباب الملك ، فإذا ورثه فقد ملـك الشيء الموروث ، فكان له حق الرجوع .

ولو أبرئ المحال عليه من الدين لا يرجع على المحيل ؛ لأن الإبراء إسقاط حقـه ، فلم يملك المحال عليه شيئاً فلا يرجع .

٣ ـ ألا يكون للمحيل على المحال عليه دين مماثل للدين الـذي أحيل بـه المحـال .

فإن كان هناك دين وقعت المقاصة بينهما[1] .

وأما ما يرجع به المحال عليه على المحيل : فهو أنه يرجع بالمحال به ، لا بالمؤدى ، كالكفيل ، فلو أدى عروضاً مكان النقود ، فإنه يرجع على المحيل بالنقود ؛ لأن الرجوع يحق له بحكم ما تم له من الملك ، وأنه يملك دين الحوالة ، لا المؤدى ، وذلك بخلاف الوكيل بقضاء الدين كما ذكرنا في الكفالة .

اختلاف المحيل مع المحال :

لو قبض المحال مال الحوالة ثم اختلف مع المحيل ، فقال المحيل : لم يكن لك علي شيء ، وإنما أنت وكيلي في القبض ، والمقبوض لي ، وقال المحال : لا ، بل أحلتني بألف مثلاً كانت لي عليك ، فحينئذ القول قول المحيل مع يمينه ؛ لأن المحال يدعي عليه ديناً ، والمحيل ينكر ، والقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه[2] .

السفاتج : جمع سُفْتَجة : وهي الورقة . وهي أن يدفع امرؤ إلى تاجر مبلغاً قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق . وهذا مكروه تحريماً عند الحنفية ؛ لأنه في الحقيقة قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق . وهو نوع من النفع المستفاد على حساب القرض ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن قرض جر نفعاً[3] . فكراهة هذا التصرف ناشئة عما إذا كان أمن خطر الطريق مشروطاً . فإذا تم القرض دون أن يشترط المقرض في عقد القرض دفع المال في بلد أخرى بالحوالة ونحوها ، جاز القرض . ويجوز أيضاً إذا دفع المال إليه أمانة لتسليمها في بلد آخر[4] .

---

(١) البدائع : ١٩/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٢٨٣ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، فتح القدير : ٤٤٩/٥ ، المبسوط : ٥٧/٢٠ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٠٥/٤ .

(٣) رواه الحارث بن أبي أسامة عن علي قال : قال رسول الله ﷺ : « كل قرض جر نفعاً فهو ربا » وأعله المحدثون بأن فيه سوار بن مصعب وهو متروك . ورواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم . وأخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « السفتجات حرام » وهو حديث ضعيف معلول براوٍ فيه (راجع نصب الراية : ٦٠/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٤٥) .

(٤) الكتاب مع اللباب : ١٦٢/٢ .

الفصل الثاني عشر

الرهن

خطة البحث :

الكلام عن عقد الرهن في المباحث السبعة التالية :

المبحث الأول ـ تعريف الرهن ومشروعيته وركنه وعناصره وأحواله

المبحث الثاني ـ شروط الرهن :

(شروط العاقدين ، والصيغة ، والمرهون به ، والمرهون ، وشروط تمام الرهن ، قبض الرهن ، مايجوز ارتهانه ، وما لا يجوز، وما يتفرع عن القبض وغيره من الشروط) .

المبحث الثالث ـ أحكام الرهن أو آثاره

الرهن الصحيح والرهن الفاسد

المبحث الرابع ـ نماء الرهن أو زوائده

المبحث الخامس ـ الزيادة في الرهن والدين

المبحث السادس ـ انتهاء الرهن وحالاته

المبحث السابع ـ اختلاف الراهن والمرتهن

المبحث الأول ـ تعريف الرهن ومشروعيته وركنه وعناصره وأحواله :

تعريف الرهن : الرهن لغة : إما الثبوت والدوام ، يقال : ماء راهن أي راكد ، وحالة راهنة : أي ثابتة . وإما الحبس واللزوم ، قال تعالى ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ أي محبوسة . والظاهر أن في الحبس معنى الدوام والثبوت ، فأحد المعنيين تطور للمعنى الآخر ، والظاهر أن المعنى الأول هو الحبس ؛ لأنه المعنى المادي . وعلى كل حال ، فالمعنى الشرعي ذو صلة بالمعنى اللغوي ، وقد يطلق الرهن لغة على الشيء المرهون : وهو ما جعل وثيقة للدين ، من باب تسمية المفعول بالمصدر .

وعقد الرهن شرعاً[1] : حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه ، أي جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين بحيث يمكن أخذ الدين كله أو بعضه من تلك العين . أو هو عقد وثيقة بمال ، أي عقد على أخذ وثيقة بمال ، لا بذمة شخص ، فامتاز عن الكفالة ؛ لأن التوثق بها إنما يكون بذمة الكفيل ، لا بمال يقبضه الدائن ، ومعنى « وثيقة » أي متوثق بها ، فقد توثق الدين وصار مضموناً محكماً بالعين المرهونة ، وكون الوثيقة ذات قيمة مالية لإخراج العين النجسة والمتنجسة بنجاسة لا يمكن إزالتها ، فإنها لا يجوز أن تكون وثيقة للدين .

وعرفه الشافعية[2] بقولهم : جعل عين وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه . وقولهم « جعل عين » يفيد عدم جواز رهن المنافع ؛ لأنها تتلف فلا يحصل بها استيثاق .

وعرفه الحنابلة[3] بأنه : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه .

---

(١) اللباب : ٥٤/٢ ، الدر المختار : ٣٣٩/٥ ، المبسوط : ٦٣/٢١ .

(٢) مغني المحتاج : ١٢١/٢ ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب للأنصاري : ١٢٢/٢ ، ١٢٤ .

(٣) المغني : ٣٢٦/٤ .

وعرفه المالكية[1] : بأنه شيء متموَّل يؤخذ من مالكه ، توثقاً به ، في دين لازم ، أو صار إلى اللزوم ، أي أنه تعاقد على أخذ شيء من الأموال عيناً كالعقار والحيوان والعروض (السلع) ، أو منفعة ، على أن تكون المنفعة معينة بزمن أو عمل ، وعلى أن تحسب من الدَّين . ولا بد من أن يكون الدين لازماً كثمن مبيع ، أو بدل قرض ، أو قيمة متلف ، أو صائراً إلى اللزوم ، كأخذ رهن من صانع أو مستعير ، خوفاً من ادعاء ضياع ، فيكون الرهن في القيمة على ما يلزم .

وليس المراد من الأخذ عند المالكية : التسليم الفعلي ؛ لأن التسليم بالفعل ليس شرطاً عندهم في انعقاد الرهن ، ولا في صحته ، ولا في لزومه ، بل ينعقد ويصح ويلزم بالصيغة أي بمجرد الإيجاب والقبول ، ثم يطلب المرتهن أخذه .

صفة الرهن العامة : والرهن عقد من عقود التبرع ؛ لأن ما أعطاه الراهن للمرتهن ... مقابل بشيء[2] ، وهو من العقود العينية : وهي التي لا تعتبر تامة الالتزام إلا إذا حصل تسليم العين المعقود عليها ، وهذه العقود خمسة : الهبة ، والإعارة ، والإيداع ، والقرض ، والرهن . والسبب في اشتراط القبض لتمامها : هو أنها تبرع ، والقاعدة تقول : « لا يتم التبرع إلا بالقبض »فيعتبر العقد فيها عديم الأثر قبل القبض ، والتنفيذ هو المولد لآثار العقد .

مشروعيته وحكمه : الرهن مشروع بالقرآن والسنة والإجماع . أما القرآن : فقوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ .

والرهن باتفاق الفقهاء جائز في الحضر والسفر ، خلافاً لمجاهد والظاهرية[3] ، لإطلاق مشروعيته في السنة ، وذكر السفر في الآية خرج مخرج الغالب ، لكون

---

(١) الشرح الصغير : ٣٠٣/٣ وما بعدها ، ٣٢٥ .

(٢) رد المحتار :٣٤٠/٥ .

(٣) المغني : ٣٢٧/٤ ، المهذب : ٣٠٥/١ ، البدائع : ١٣٥/٦ ، بداية المجتهد : ٢٧١/٢ ، القوانين الفقهية : ص٣٢٣ ، الإفصاح : ٢٣٨/١ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ وما بعدها .

الكاتب في الماضي غير متوافر في السفر غالباً ، ولا يشترط أيضاً عدم وجود الكاتب ، لثبوت جوازه في السنة مطلقاً . فالآية أرادت إرشاد الناس إلى وثيقة ميسَّرة لهم عند فقدان كاتب يكتب لهم الدين .

وأما السنة : فروى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها « أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ، ورهنه درعاً من حديد »[1] وعن أنس قال : « رهن رسول الله ﷺ درعاً عند يهودي بالمدينة ، وأخذ منه شعيراً لأهله »[2] .

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان يقول : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة »[3] .

وعن أبي هريرة أيضاً أن النبي ﷺ قال : « لا يَغْلَق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غُرْمه »[4] وغلق الرهن : استحقاق المرتهن إياه ، لعجز الراهن عن فكاكه ، أي لا ينفك ملك الرهن عن صاحبه ، ولا يستحقه المرتهن ، إذا لم يفتكه في الوقت المشروط . وفي هذا رد على ما كان في الجاهلية ، من أن المرتهن كان يتملك الرهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المضروب ، فأبطله الشارع . والحكمة من تشريع الرهن توثيق الديون ، فكما أن الكفالة توثق الدين شخصياً ، يوثق الرهن الدين مالياً ، تسهيلاً للقروض . والرهن يفيد الدائن بإعطائه حق الامتياز أو الأفضلية على سائر الدائنين الغرماء .

وحكم الرهن شرعاً : أنه جائز غير واجب بالاتفاق ؛ لأنه وثيقة بالدين ، فلم

---

(١) انظر هذا الحديث وما يليه في نصب الراية : ٣١٩/٤ وما بعدها ، نيل الأوطار : ٢٣٣/٥ وما بعدها .

(٢) رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه .

(٣) رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي (نيل الأوطار : ٢٣٤/٥) .

(٤) رواه الشافعي والدارقطني ، وقال : هذا اسناد حسن متصل .

يجب ، كما لم تجب الكفالة . وقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ أمر إرشاد للمؤمنين ، لا إيجاب عليهم ، بدليل قوله تعالى عقبه : ﴿ فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته ﴾ ، ولأنه تعالى أمر به عند عدم وجود الكاتب ، وبما أن الكتابة غير واجبة ، بدليل : ﴿ فإن أمن ... ﴾ فكذلك بدلها[1] .

ركن الرهن وعناصره :

للرهن عناصر أربعة : هي الراهن ، والمرتهن ، والمرهون ، والمرهون به . فالراهن : معطي الرهن ، والمرتهن : آخذه ، والمرهون أو الرهن : ما أعطي من المال وثيقة للدين ، والمرهون به هو الدين .

وركن الرهن عند الحنفية[2] : هو الإيجاب والقبول ، من الراهن والمرتهن ، كسائر العقود ،ولكن لا يتم ولا يلزم إلا بالقبض أي التخلية أو النقل كأن يقول الراهن : رهنتك هذا الشيء بما لك علي من الدين ، أو هذا الشيء رهن بدينك ، ونحوه . ويقول المرتهن : ارتهنت أو قبلت ، أو رضيت ونحوه . ولا يشترط لفظ « الرهن » فلو اشترى شيئاً بدراهم ،وسلم إلى البائع شيئاً ، وقال له : أمسكه ، حتى أعطيك الثمن ، انعقد الرهن ؛ لأن العبرة في العقود للمعاني .

وقال غير الحنفية[3] : للرهن أركان أربعة : صيغة ، وعاقد ، ومرهون ، ومرهون به .

وهكذا الخلاف في قضية الركن بين الحنفية وغيرهم في كل العقود ، فالركن عند الجمهور أوسع منه عند الحنفية ، فإن الركن عند الحنفية : ما كان جزءاً من شيء ،

---

(١) المغني : ٣٢٧/٤ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ .

(٢) البدائع : ١٣٥/٦ ، الدر المختار : ٣٤٠/٥ ، تكملة الفتح : ١٨٩/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦٣/٦ ، اللباب شرح الكتاب : ٥٤/٢ .

(٣) الشرح الصغير: ٣٠٤/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٢١/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ وما بعدها .

وتوقف وجوده عليه ؛ لأن من الأجزاء ما يتوقف عليها الوجود ، ومنها ما لا يتوقف عليها الوجود . أما الركن عند الجمهور : فهو ما توقف عليه وجود الشيء ، ولا يمكن تصوره إلا به ، سواء أكان جزءاً منه ، أم لا . فالعاقد ركن ، إذ لا يتصور عقد بدون عاقد ، وإن لم يكن جزءاً من العقد ، أما العاقد عند الحنفية ، فيعد من شروط العقد .

أحوال الرهن : للرهن المتفق عليه أحوال ثلاثة[1] :

الأولى ـ أن يقع مع العقد المنشئ للدين : كأن يشترط البائع على المشتري بثمن مؤجل إلى المستقبل في مدة معينة تسليم رهن بالثمن . وهذا صحيح باتفاق المذاهب ، لأن الحاجة داعية إليه .

الثانية ـ أن يقع بعد الحق أو نشوء الدين : وهو صحيح أيضاً بالاتفاق ؛ لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به كالضمان (الكفالة) . وآية ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ تشير إليه ؛ لأن الرهن بدل عن الكتابة ، والكتابة بعد وجوب الحق .

الثالثة ـ أن يقع قبل نشوء الحق : مثل : رهنتك متاعي هذا بمئة تقرضنيها : يصح عند المالكية والحنفية ؛ لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبل وجوبه ، كالكفالة وهذا هو المعقول . ولا يصح عند الشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب ؛ لأن الوثيقة بالحق لا تلزم قبله ، كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق ، فلا يسبقه .

المبحث الثاني ـ شروط الرهن :

للرهن شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشرط لزوم وهو القبض .

---

(١) المغني : ٤/٣٢٧ ، مغني المحتاج : ٢/١٢٧ ، المهذب : ١/٣٠٥ ، كشاف القناع : ٣/٣٠٨ ، حاشية الدسوقي على الدردير : ٣/٢٤٥ .

المطلب الأول ـ شروط العاقدين :

يشترط في عاقدي الرهن (الراهن والمرتهن) ما يأتي[1] :

الأهلية : الأهلية عند الحنفية : هي أهلية البيع ، فكل من يصح بيعه يصح رهنه ؛ لأن الرهن تصرف مالي كالبيع ، فوجب أن يراعى في عاقديه ما يراعى في عاقدي البيع . فيشترط في عاقدي الرهن : العقل أو التميز ، فلا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي غير المميز أو الذي لا يعقل .

ولا يشترط البلوغ ، فيجوز الرهن من الصبي المأذون في التجارة ؛ لأن ذلك من توابع التجارة . ويصح رهن الصبي المميز والسفيه ، موقوفاً على إجازة وليه .

والأهلية عند غير الحنفية تتمثل في أهلية البيع والتبرع ، فيصح الرهن ممن يصح بيعه وتبرعه ؛ لأن الرهن تبرع غير واجب ، فلا يصح من مستكره ، ولا من صبي غير بالغ ، ولا مجنون ، ولا سفيه ، ولا مفلس ، ولا يصح من ولي أباً أو جداً أو وصي أو حاكم إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة للقاصر ، مثال الضرورة : أن يرهن على ما يقترض لحاجة المؤنة (القوت) ، ليوفي مما ينتظر من غلة ، أو حلول دين ، أو رواج متاع كاسد (بائر) ، أو أن يرتهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجلاً لضرورة نهب أو نحوه .

ومثال المصلحة (أو الغبطة) الظاهرة للقاصر : أن يرهن ما يساوي مئة على ثمن ما اشتراه بمئة نسيئة مؤجلة ، وهو يساوي مئتين حالّتين . وأن يرتهن على ثمن ما يبيعه نسيئة بمصلحة ظاهرة .

وإذا رهن الولي أو الوصي : فلا يرهن إلا من أمين غير خائن ، موسر ، وأن يشهد على الرهن ، وأن يكون الأجل قصيراً عرفاً . فإن فقد شرط من هذه الشروط ، لم يجز

---

(١) البدائع : ٦/١٣٥ ، بداية المجتهد : ٢/٢٦٨ ، حاشية الشرقاوي : ٢/١٢٣ ، كشاف القناع : ٣/٣٠٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٣/٢٦٤ وما بعدها ، ٢٩٢ .

الرهن[1] . ولا يصح للولي أو الوصي أن يرهن مال موليه لدين عليهما لأجنبي ، إذ ليس فيه مصلحة المولى عليه .

وعبر الحنابلة عن هذا الحكم بشرطين : أن يكون عند ثقة ، وأن يكون للقاصر فيه حظ أي حاجة إلى نفقة أو كسوة أو إصلاح عقاره المتهدم أو رعاية بهائمه[2] . وللأب أن يرهن من نفسه لولده ، ولنفسه من ولده ، والجد كالأب عند الشافعية لوفور شفقتهما .

رهن الولي والوصي مال الصغير عند الحنفية :

هنا أمور ثلاثة : رهن مال الصغير بدين للصغير ، أو بدين للولي ، وموقف الصغير من الرهن بعد البلوغ[3] . وقد عرفنا قبله مباشرة حكم رهن مال القاصر عند غير الحنفية .

١ ـ رهن مال الصغير أو المجنون بدين لهما :

للولي أو الوصي أو القيم أن يرهن مال القاصر (صبي أو مجنون ونحوهما) لدين للقاصر استدين من أجل كسوته وطعامه ، أو بسبب الاتجار في ماله ؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة ، والتجارة تثمير لمال القاصر ، والرهن إيفاء للحق ، فيجوز .

وإذا كان الأب أو الجد هو الدائن للقاصر أو كان كل من الدائن والمدين تحت ولايته ، جاز له أن يتولى طرفي العقد ، فيكون راهناً بالنيابة عن موليه ، ومرتهناً بالنسبة إلى نفسه ، في الحالة الأولى . وراهناً عن أحد موليه ، ومرتهناً بالنسبة إلى الآخر ، في الحالة الثانية ، لأنه لوفور شفقته ، نزل منزلة شخصين ، وقامت عبارته مقام عبارتين ، كما في بيعه مال القاصر لنفسه .

---

(١) حاشية الشرقاوي : ٢/١٢٣ ، مغني المحتاج : ٢/١٢٢ .

(٢) المغني : ٤/٣٥٩ ، كشاف القناع : ٣/٣١٩ .

(٣) تبيين الحقائق : ٦/٧٢ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٨/٢٠٩ وما بعدها ، الدر المختار : ٥/٣٥٢ ، ٣٦٤ .

ولا يجوز ذلك للحاكم ، ولا للوصي ، لقصور شفقتهما بالنسبة للأب ، ولأن كليهما وكيل محض ، والأصل أن الشخص الواحد لا يتولى طرفي العقد ، سواء في البيع أو الرهن ونحوهما .

٢ً ـ رهن مال القاصر بدين للولي :

الاستحسان عند أبي حنيفة ومحمد : يقتضي أن يجوز للأب أو الجد أو الوصي أن يرهن مال موليه بدين نفسه عند دائنه ؛ لأن للولي أو الوصي إيداع مال موليه ، والرهن أولى من الإيداع ؛ لأن الوديع أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، والمرتهن يضمن الرهن إن هلك ، ولو بلا تعدٍ ولا تقصير .

والقياس وهو رأي أبي يوسف وزفر : ألا يجوز للولي أو الوصي رهن مال القاصر بدين لهما ؛ لأنهما لا يملكان إيفاء دينهما بأموال موليهما ، وفي إقدامهما على رهن مال موليهما إيفاء لدينهما حكماً ، فيمنع ، كالإيفاء حقيقة .

وإذا جاز الرهن عملاً بمقتضى الاستحسان ، ثم هلك عند الدائن ، يضمن الولي للمولى عليه الأقل من قيمة الرهن ومن الدين ، دون زيادة عليه ، أما الوصي فيضمن قيمة الرهن في جميع الأحوال ؛ لأن للأب أو الجد أن ينتفع بمال الصغير ، وليس للوصي الحق في الانتفاع .

وللولي أباً أو جداً رهن ماله بدين عليه للصغير عند ولده الصغير ، ويحبسه الولي لأجل الصغير ، ولا يجوز هذا الرهن للوصي .

كما يجوز للولي عكس المذكور : وهو أن يرهن عنده مال الصغير بدين عليه ؛ لأنه لوفور شفقته جعل كشخصين ، وتقوم عبارته مقام عبارتين أي عبارتي الإيجاب والقبول ، كشرائه مال طفله . ولا يجوز هذا الرهن للوصي ، لأنه وكيل محض ، فلا يتولى طرفي العقد في رهن ولا بيع ونحوهما مما يتطلب وجود عاقدين في عقود ذات حقوق متباينة .

٣ ـ موقف الصغير من الرهن بعد البلوغ :

إذا بلغ الصغير أو زال عارض الحجر، فوجد مالاً له مرهوناً، فليس له إبطال الرهن، أو استرداده حتى يقضى الدين؛ لأن تصرف الولي بالرهن وقع نافذاً لازماً، وصدر ممن له ولاية إصداره، سواء أكان الرهن بدين على الصغير، أم بدين على الولي نفسه، أم بدين عليهما معاً.

فإن قضي الدين عن الولي نفسه من مال الصغير المرهون أو هلك المرهون قبل أن يفتكه الراهن، كان للصغير بعد بلوغه حق الرجوع طبعاً في مال الولي، والمطالبة بتسديد حقه؛ لأنه مضطر إلى إحياء ملكه، والمحافظة على حقوقه سواء أكان الولي حياً أم ميتاً، ويكون في هذه الحالة مثل من أعار متاعه لآخر، ليرهنه المستعير بدين عليه لشخص ثالث، فللمعير أن يفتك ـ عند الضرورة ـ رهنه، بدفع دين المستعير، ويرجع بما أوفى من الدين على المستعير.

تعدد أطراف الرهن :

قد يتعدد الراهن أو المرتهن، كما لو رهن رجلان بدين عليهما رهناً عند آخر، أو يرهن رجل شيئاً بدين عليه عند رجلين، يصح الرهن في الحالتين لعدم الشيوع المانع من صحة الرهن عند الحنفية[1]؛ لأنه في حالة تعدد الراهن يحصل قبض المرهون من المرتهن بدون إشاعة، فصار كرهن الواحد من الواحد، وفي حالة تعدد المرتهن أضيف الرهن إلى جميع العين المرهونة بصفقة واحدة، ومقتضى الرهن (أو موجبه) حبس المرهون بالدين، والحبس لا يتجزأ، فصار الرهن محبوساً بكل من المرتهنين.

بخلاف هبة الواحد لاثنين لا تجوز عند أبي حنيفة؛ لأن المقصود من الهبة هو التملك، والشيء الواحد الموهوب لا يتصور كونه ملكاً لكل من الموهوب لهما على

---

(١) تبيين الحقائق : ٧٨/٦ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار : ٣٥٤/٥ وما بعدها، تكملة الفتح : ٢١٨/٨ وما بعدها، اللباب : ٦٣/٢ وما بعدها.

سبيل الكمال والاستقلال ، فلا بد من قسمة الموهوب ليتصور تملك الموهوب له للموهوب .

وأحكام الحالتين كما يأتي :

أ ـ في حالة تعدد الراهنين : يصح الرهن بكل الدين ، وللمرتهن حبس المرهون حتى يستوفي كل الدين من الراهنين . فإذا أدى أحد الراهنين ما عليه من الدين ، لم يكن له أن يقبض شيئاً من الرهن ؛ لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الإمساك .

ب ـ في حالة تعدد المرتهنين : يعتبر المرهون كله أيضاً رهناً محبوساً عند كل واحد منهما بدينه ، لحمل الراهن على وفاء الدين ، مادام الرهن قائماً . فإن قضى الراهن أحد المرتهنين دينه ، كانت العين المرهونة كلها رهناً في يد الآخر ، حتى يستوفي دينه ؛ لأن العين كلها رهن في يد كل منهما بلا تفرق أو تجزئة .

وكيفية حبس المرهون عند المرتهنين : هو أنه إذا كان المرهون مما يقبل التجزؤ ، فعلى كل واحد من المرتهنين حبس النصف ، فلو سلم أحدهما كل المرهون للآخر ، ضمنه عند أبي حنيفة ، خلافاً للصاحبين . وأما إذا كان المرهون مما لا يتجزأ ، فيحبسه المرتهنان على طريق المهايأة[1] ، فإن تهايآ ، كان كل واحد منهما في نَوْبته كالعَدْل في حق الآخر .

وإذا هلك المرهون ، صار كل واحد من المرتهنين مستوفياً حصة دينه من المرهون ؛ لأن الاستيفاء يتجزأ . وفي حالة الهلاك هذه لو قضى الراهن دين أحدهما ، استرد ما قضاه من الدين ؛ لأن ارتهان كل منهما باق ، حتى يعود الرهن إلى الراهن ؛ لأن كل مرتهن كالعدل بالنسبة للمرتهن الآخر في حالة عدم قابلية تجزئة المرهون .

---

(١) المهايأة : أن يتفق الاثنان على أن يأخذ كل واحد منهما المرهون عنده مدة معلومة .

المطلب الثاني ـ شروط الصيغة :

اشترط الحنفية[1] في صيغة الرهن ألا يكون معلقاً بشرط ، ولا مضافاً إلى زمن مستقبل ؛ لأن عقد الرهن يشبه عقد البيع من ناحية كونه سبيلاً إلى إيفاء الدين واستيفائه ، فلا يقبل التعليق بشرط ، والإضافة للمستقبل ، وإذا علق الرهن أو أضيف ، كان فاسداً كالبيع[2] .

وإذا اقترن الرهن بالشرط الفاسد أو الباطل ، صح الرهن ، وبطل الشرط ؛ لأن الرهن ليس من عقود المعاوضات المالية . جاء في الزيادات والبزازية : والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة ؛ لأنه تبرع بمنزلة الهبة ، إذ لا يستوجب الراهن على المرتهن شيئاً ، بتمليكه حبس الرهن عنده .

ولكن جاء في البدائع[3] : أن الرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع ، بخلاف الهبة .

والأصح في تقديري هو رواية البزازية والزيادات ؛ لأن الرهن ليس من المعاوضات ، فيصح الرهن وإن سقط الدين بهلاكه ، جاء في الهداية : الرهن عقد تبرع ، لأنه لا يستوجب بمقابلته شيئاً على المرتهن[4] .

والشرط المشروط في الرهن عند غير الحنفية إما صحيح أو فاسد ، والفاسد إما مفسد للعقد ، وإما لاغٍ باطل وحده والعقد صحيح ، على تفصيل فيما يأتي .

قال الشافعية[5] : الشروط المشروطة في الرهن ثلاثة أنواع :

---

(١) البدائع : ١٣٥/٦

(٢) الدر المختار : ٣٧٤/٥ ، ٣٥٧ ، قال في الدر : الأجل في الرهن يفسده .

(٣) ١٤٠/٦

(٤) تكملة فتح القدير على شرح الهداية : ١٩٠/٨

(٥) مغني المحتاج : ١٢١/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣١٠/١ ـ ٣١٢ ، نهاية المحتاج : ٢٥٤/٣ وما بعدها .

١ ـ الشرط الصحيح : وهو أن يشترط في الرهن ما يقتضيه كتقدم وفاء المرتهن عند تزاحم الغرماء ، ليستوفي منه دينه ، مفضلاً على بقية الدائنين ، أو أن يشرط فيه مصلحة للعقد ولا يترتب عليه جهالة ، كالإشهاد به ، فيصح العقد والشرط ، كالبيع .

٢ ـ الشرط الباطل أو اللغو : وهو أن يشرط فيه ما لا مصلحة فيه ولا غرض ، كأن لا يأكل الحيوان المرهون كذا ، فيبطل الشرط ، ويصح العقد .

٣ ـ الشرط المفسد للعقد : وهو أن يشرط ما يضر المرتهن ، كشرط ألا يبيعه بعد حلول أجل وفاء الدين إلا بعد شهر ، أو ألا يباع بأكثر من ثمن المثل ، أو أن يشرط ما يضر الراهن وينفع المرتهن ، كشرط منفعة غير مقدرة بمدة للمرتهن ولا بأجر عليها ، أو إعطاء المرتهن زوائد الرهن ، فيبطل الشرط للجهل بها ولعدمها حين الاشتراط ولحديث « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل »[1] ، ويبطل العقد في الأظهر ، لمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشرط الذي يضر المرتهن .

وكذلك يفسد الشرط والعقد إذا شرط جعل زوائد الرهن كالصوف والثمرة والولد مرهونة ؛ لأنها معدومة حين الاشتراط ومجهولة .

والظاهر أن الرهن يفسد أيضاً بتعليقه أو إضافته للمستقبل . وبه يتبين أن الشرط الفاسد : هو ما كان ضاراً بأحد العاقدين ، أو كان فيه جهالة . والأظهر أنه متى فسد الشرط ، فسد العقد .

وقال المالكية[2] : يصح الشرط الذي لا يتنافى مع مقتضى العقد ، ولا يؤول إلى حرام ، أما ما يتنافى مع مقتضى العقد ، فهو شرط فاسد ، مبطل للرهن ، كأن يشترط

---

(١) أخرجه الشيخان عن عائشة بلفظ : « ما كان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق » (سبل السلام : ١٠/٣) .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤٠/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٧١/٢

في الرهن أن يكون تحت يد الراهن ، لا يقبضه المرتهن ، أو ألا يباع المرهون في الدين عند حلول الأجل ، أو ألا يباع الرهن إلا بما يرضى به الراهن من الثمن .

وأما الشرط الحرام الممنوع الفاسخ للعقد : فهو أن يرهن الرجل رهناً ، على أنه لو جاء بحقه عند أجله ، وإلا فالرهن له ، فهذا فاسخ للعقد ، لقوله ﷺ : « لا يَغْلَقِ الرهن »[1]

والخلاصة أن الشرط عند المالكية نوعان : صحيح وفاسد .

ومذهب الحنابلة[2] كالمالكية : قالوا : الشرط في الرهن نوعان : شرط صحيح ، وشرط فاسد .

فالصحيح : ما كان فيه مصلحة للعقد ، ولا يتنافى مع مقتضاه ، ولا يؤول إلى حرمة يكرهها الشرع ، مثل أن يشترط في الرهن أن يكون عند عدل ، أو عدلين ، أو أكثر ، أو أن يبيعه العدل عند حلول أجل الدين أو الحق .

والفاسد : هو ما ينافي مقتضى العقد ، مثل ألا يباع الرهن عند حلول أجل الحق ، أو لا يستوفى الدين من ثمنه ، أو لا يباع إذا ما خيف تلفه ، أو أن يباع بأي ثمن كان ، أو ألا يباع إلا بما يرضى به الراهن . فهذه كلها شروط فاسدة ، لمنافاتها مقتضى عقد الرهن ؛ لأنها شروط تحول دون الوفاء بالدين عادة ، وذلك يتنافى مع الغرض المقصود من الرهن .

ومن الشروط الفاسدة : أن يشترط الخيار للراهن نفسه ، أو ألا يكون الرهن لازماً في حقه ، أو توقيت الرهن ، أو أن يكون الرهن يوماً ، ويوماً لا يكون ، أو

---

(١) سبق شرحه ، والمعنى : أنه لا يستحقه المرتهن ، إذا لم يستفكه صاحبه . وكان هذا من فعل الجاهلية : أن الراهن إذا لم يؤد ماعليه في الوقت المعين ، ملك المرتهن الرهن ، فأبطله الإسلام (النهاية في غريب الحديث لابن الأثير : ٣/ ٣٧٩) .

(٢) المغني : ٣٨١/٤ ـ ٣٨٣ ، كشاف القناع : ٣٠٩/٣

كون الرهن في يد الراهن ، أو أن ينتفع به ، أو أن ينتفع به المرتهن ، أو يكون مضموناً عليه ، أو أنه متى حل أجل الحق ولم يوفه الراهن ، فالرهن للمرتهن بالدين أو فهو مبيع بالدين ولا يصح الرهن معلقاً بشرط كالبيع ، أي أنه فاسد .

وهل يفسد الرهن بالشرط الفاسد عند الحنابلة ؟ فيه آراء عندهم . قال القاضي : يحتمل أن يفسد الرهن بهذا الاشتراط ؛ لأن العاقد إنما بذل ملكه ، ورضي بالرهن على هذا الشرط ، فإذا لم يسلم له ، لم يصح العقد لعدم الرضا به بدونه .

وقيل : إن شرط الرهن مؤقتاً ، أو رهنه يوماً ، ويوماً لا ، فسد الرهن ، وإن شرط غير ذلك من الشروط الفاسدة ، فعلى وجهين :

قيل : يفسد الرهن ، وقيل : لا يفسد ، وأيد أبو الخطاب عدم فساده ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا يغلق الرهن » وقد قاله في رهن شرط فيه شرط فاسد ، ولم يحكم بفساده ، ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط ، فمع بطلانه أولى أن يرضى به .

وقيل : ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهاً واحداً ، وما لا ، فعلى وجهين .

المطلب الثالث ـ شروط المرهون به :

المرهون به : هو الحق الذي أعطي به الرهن . ويشترط فيه عند الحنفية ما يأتي :

الشرط الأول ـ أن يكون حقاً واجب التسليم إلى صاحبه : لأنه إذا لم يكن واجب التسليم ، فلا محل لأن يعطى به رهن لتوثيقه ، إذ لا إلزام على المطالب بالحق حتى يستوجب التوثق به[1] .

وعبر الحنفيه عن هذا الشرط بقولهم : أن يكون ديناً مضموناً[2] ، أي أن يكون

(١) مذكرة بحث الرهن لأستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ٤٥ .

(٢) البدائع : ١٤٢/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ١٩٦/٨ ، ٢٠٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦٦/٦ ، اللباب : ٥٥/٢ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥٠/٥ .
=

الدين واجب التسليم على الراهن ، وعبارتنا أوضح ؛ لأن الحق المرهون به : إما أن يكون ديناً ، وإما أن يكون عيناً واجبة التسليم .

أ ـ فإن كان **ديناً ،** جاز الرهن به ، أياً كان سبب هذا الدين ، قرضاً أو بيعاً ، أو إتلافاً أو غصباً ؛ لأن الديون واجبة الوفاء ، فكان الرهن بها رهناً بحق واجب التسليم إلى صاحبه .

وسواء في هذا أن يكون الدين مما يجوز استبداله قبل قبضه ، أو مما لا يجوز استبداله قبل قبضه ، كرأس مال السلم ، وبدل الصرف ، والمسلم فيه . وهذا عند أئمة الحنفية الثلاثة .

وقال زفر : لا يجوز الرهن بما لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض ؛ لأن سقوط الدين بهلاك الرهن إذا هلك ، إنما يكون نتيجة لاستبداله بما وجب في ذمة المرتهن بذلك الهلاك ، بمعنى أن عين الرهن صارت بدلاً عن الدين الذي رهنت به ، واستبدال هذه الديون لا يصح ، كما بينا في بحث السلم ، فلو جاز الرهن بهذه الديون ، لزم منه استبدال هذه الديون قبل قبضها ، إذا هلك الرهن ، وهو لا يجوز شرعاً .

ولا يقال في هذه الحال : إن سقوط الدين ، كان بطريق الاستيفاء ؛ لأن الاستيفاء لا يتحقق إلا عند اتحاد الرهن والدين جنساً ، والغالب أن يكونا مختلفي الجنس .

فيختص جواز الرهن بدين يمكن استبداله .

ودليل جمهور الحنفية : أن سقوط الدين دائماً عند هلاك الرهن ، إنما هو بطريق

= ومعنى كون الدين مضموناً : أن يكون متحققاً من حيث الظاهر ، لامتحققاً في الواقع والباطن ، فلو ادعى رجل على آخر حقاً من قرض مثلاً ، ثم صالحه المدعى عليه على مبلغ معين أعطاه به رهناً ، ثم تصادقا على أنه لم يكن حق ، ولم يكن للمدعي على المدعى عليه شيء ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن (المدعي) ، فإنه يهلك بالأقل من ثمنه ، وما رهن به (البدائع : ١٤٤/٦) .

الاستيفاء، لا بطريق الاستبدال. ويكفي في تحقق الاستيفاء وجود المجانسة في المالية، إذ أن الاستيفاء يتم بمالية الرهن، لا بصورته، والأموال كلها من ناحية المالية جنس واحد. وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة، ويكتفى بالمجانسة المالية للحاجة والضرورة، كما في إتلاف مالا مثل له من جنسه[1]، وقد تحققت الحاجة والضرورة في الرهن، لحاجة الناس إلى توثيق ديونهم في جميع الأحوال[2].

وأما غير الحنفية[3]: فروي عن الإمام أحمد روايتان في دين السلم، رواية بالجواز، ورواية بعدم الجواز. وعلى الرواية الأولى: إذا كان الرهن بالمسلم فيه، ثم تقايلا السلم أو فسخ العقد، بطل الرهن، لزوال الدين الذي رهن به. وعلى المسلم إليه رد رأس مال السلم في الحال إلى رب السلم (المسلم).

وقال مالك والشافعي: لا يجوز الرهن في بدل الصرف ورأس مال السلم المتعلق بالذمة؛ لأنه يشترط التقابض في مجلس العقد. ويجوز أخذ الرهن في المسلم فيه؛ لأنه دين، والآية أجازت الرهن في المداينة.

ب ـ وإن كان المرهون به **عيناً**، ففيه تفصيل:

إن كانت العين **أمانة** كالوديعة والعارية والمأجور ومال الشركة والمضاربة فلا

---

(١) إذ لا يعد هذا من قبيل المبادلة والمعاوضة، وإلا لتوقف على الرضا، وإنما يعد استيفاء، ولذا لا يتوقف على رضا صاحب الحق.

(٢) وإذا هلك الرهن المعطى برأس مال السلم أو بدل الصرف في مجلس العقد، صح العقد، لأنه صار المسلم إليه مستوفياً عين حقه في المجلس. وإن هلك بعد انقضاء المجلس، بطل العقد، لعدم تحقق قبض رأس المال أو بدل الصرف في المجلس. وإذا كان الرهن بالمسلم فيه، فهلك عند رب السلم قبل الوفاء، فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المسلم فيه. ولو تفاسخا السلم وهناك رهن بالمسلم فيه، يصير المرهون استحساناً رهناً برأس المال، لأنه بدل عن المسلم فيه. وحينئذ لو هلك الرهن بعد التفاسخ، فلا يهلك برأس المال، وإنما يهلك بالمسلم فيه، لأنه رهن به ابتداء، فيظل على هذا الحكم، وإن كان محبوساً بغيره (تكملة الفتح: ٢٠٧/٨).

(٣) بداية المجتهد: ٢٦٩/١ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٢٣، مغني المحتاج: ١٢٧/٢، المهذب: ٣٠٥/١، المحرر في الفقه الحنبلي: ٣٣٥/١.

يجوز الرهن بها بالاتفاق ؛ لأن قبض الرهن مضمون ، فلابد من أن يقابله مضمون ، أي لا رهن إلا بمضمون ، ليصبح القبض موصلاً إلى الاستيفاء .

وإن كانت العين **مضمونة بنفسها** : وهي التي يجب ضمان مثلها إن كان لها مثل ، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل كالمغصوب في يد الغاصب ، والمقبوض على سوم الشراء ، والمهر في يد الزوج ، وبدل الخلع في يد الزوجة ، وبدل الصلح عن دم العمد ، فيجوز الرهن بها عند الحنفية ، وللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يسترد العين المرهون بها . وإن هلك الرهن في يد المرتهن قبل استرداد العين ، وهي قائمة باقية ، يقال للراهن : سلم العين إلى المرتهن ، وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ، ومن قيمة العين ؛ لأن المرهون مضمون بالأقل المذكور.

وأجاز المالكية والحنابلة[1] كالحنفية كون المرهون به عيناً مضمونة بنفسها .

وقال الشافعية[2] لا يصح الرهن بالعين التي هي أمانة أو مضمونة لاشتراطهم كون المرهون به ديناً ؛ لأنه تعالى ذكر الرهن في المداينة ، فلا يثبت في غيرها ؛ ولأن هذه العين لا تستوفى من ثمن المرهون ، وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع[3] .

وأما إن كانت **العين مضمونة بغيرها** : كالمبيع في يد البائع ، فإنه مضمون بغيره ، وهو الثمن ، فلو هلك المبيع في يد البائع ، سقط الثمن عن المشتري ، فلا يصح الرهن به ، في رواية النوادر عن أبي حنيفة ؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، ولا يتحقق معنى الاستيفاء في المضمون بغيره ، إذ لو هلك الرهن في يد المشتري ، لا يصير مستوفياً شيئاً بهلاك الرهن .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٧٠/١ ، كشاف القناع : ٣١١/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ١٢٦/٢ ، نهاية المحتاج : ٢٦٥/٣ ، المهذب : ٣٠٥/١ .

(٣) وبناء عليه : يعرف بطلان ما جرت به عادة بعض الناس من كونه يقف كتاباً ويشرط ألا يعار ، أو لا يخرج من مكان محبوس إلا برهن (البجيرمي على الخطيب : ٥٩/٣) .

وفي ظاهر الرواية : إنه يصح الرهن بالمبيع قبل القبض ؛ لأنه مضمون ، وللمشتري أن يحبس المرهون حتى يقبض المبيع ؛ لأن الاستيفاء المطلوب يتحقق من حيث المعنى ؛ لأن المبيع قبل قبضه ، إن لم يكن مضموناً بقيمته ، مضمون بالثمن ، ويعد سقوط الثمن عن المشتري بهلاك المبيع قبل تسليمه إليه ، كالعوض عنه ، فيصير المشتري مستوفياً مالية المبيع .

وبناء على اشتراط كون المرهون به حقاً واجب التسليم إلى صاحبه يتفرع ما يأتي :

١ ـ **الرهن على نقود بعينها :** لو تزوج شخص امرأة على نقود بعينها ، أو اشترى شيئاً بنقود بعينها ، فأعطى بها رهناً ، لم يجز الرهن عند أبي حنيفة وصاحبيه ؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين ، وجاز عند زفر ؛ لأن النقود تتعين عنده بالتعيين .

٢ ـ **الرهن بالدين الموعود به أو بما سيقرضه المرتهن للراهن :** مقتضى هذا الشرط ألا يصح الرهن بالدين الموعود به ، أو بما سيقرضه المرتهن للراهن ؛ لأن الدين لا وجود له عند عقد الرهن ، حتى يكون واجب التسليم .

ولكن الحنفية والمالكية : أجازوا الرهن بالدين الموعود به الذي سيقرض في المستقبل ، استحساناً لحاجة الناس إليه[1] ، أما إذا ارتهن المرتهن بما يثبت له على الراهن في المستقبل بدون وعد فلا يجوز ، ولا يصح الرهن عند الشافعية ، والحنابلة في ظاهر المذهب[2] بما سيقرضه ، أي بدين مستقبل ؛ لأنه ليس بحق ثابت في الذمة عند عقد الرهن ، وقد شرع الرهن عند ثبوت الدين ، لا عند الوعد به .

---

(١) البدائع : ١٤٣/٣ ، الدر المختار : ٣٥١/٥ ، الشرح الكبير للدردير والدسوقي : ٢٤٥/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ١٢٧/٢ ، المهذب : ٣٠٥/١ ، المغني : ٣٢٨/٤ .

٣ ـ الرهن بالدَّرَك[1] : أي بما يدرك المبيع من استحقاق ، كأن باع شخص شيئاً وقبض الثمن ، وسلم المبيع إلى المشتري ، فخاف المشتري الاستحقاق ، فأخذ بالثمن من البائع رهناً قبل الدَّرَك : لا يجوز هذا الرهن وإن جاز ضمانه (كفالته) ؛ لأن استحقاق الشيء المبيع قد يتحقق وقد لا يتحقق ، فكان الرهن به رهناً بما لا يجب فيه التسليم حالاً ، بل وبما لا وجود له في الحال ، وربما في المستقبل .

وأما الكفالة بالدرك فجائزة ؛ لأن الكفالة التزام وضمان المطالبة ، ويصح التزام الأفعال وضمانها في المستقبل ، كالنذور . قال الحنفية : الرهن بالدرك باطل ، والكفالة بالدرك جائزة[2] .

أما الرهن فهو لاستيفاء الديون ، وإذا لم يثبت الدين ، فكيف يستوفى ؟ فلا استيفاء قبل ثبوت الدين أو وجوبه ، والاستيفاء فيه معنى المعاوضة ، والمعاوضات والتمليكات لا يصح أن تضاف إلى المستقبل ، لما في الإضافة من الخطر والغرر ، والرهن بالدرك من هذا القبيل . فكأن الراهن البائع يقول للمرتهن المشتري : إن ظهر مستحق ، فهذا الشيء رهن ، تستوفي منه عوض الثمن .

والفرق بين حالة الدرك والدين الموعود : أن الأول معدوم ، والثاني كالموجود أي على وشك الثبوت ، وقد صحح الحنفية الثاني للحاجة ، كما بينا .

الشرط الثاني ـ أن يمكن استيفاء الدين من المرهون به : فإن لم يمكن الاستيفاء منه ، لم يصح الرهن ؛ لأن الارتهان استيفاء ، فإذا انتفى الاستيفاء ، انتفى الرهن والغرض منه[3] . وعليه فلا يصح الرهن بما يأتي :

---

(١) الدرك : هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع (العناية على الهداية بهامش تكملة الفتح : ٢٠٦/٨) .

(٢) تكملة الفتح : ٢٠٦/٨ ، البدائع : ١٤٣/٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥٠/٥ .

(٣) البدائع : ١٤٣/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٢٠٨/٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٥١/٥ .

١ ـ بالقصاص بالنفس أو ما دونها ، لا يجوز الرهن به ؛ لأنه لا يمكن أو يتعذر استيفاء القصاص من المرهون . لكن يجوز الرهن بأرش (تعويض) الجناية ؛ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن .

٢ ـ بالكفالة بالنفس أي إحضار شخص إلى مجلس القضاء ونحوه : لا يجوز الرهن بها ؛ لأن المكفول به لا يحتمل استيفاؤه من الرهن . مثل أن يكفل زيد نفس خالد ، على أنه إن لم يواف به إلى سنة ، فعليه الألف الذي عليه . ثم قدم خالد رهناً بالمال إلى سنة ، فالرهن باطل ، لأنه لم يجب المال بعد على خالد ، ولأن استيفاء المكفول به (وهو تسليم نفس من عليه الحق) من الرهن غير ممكن .

٣ ـ بالشفعة : أي لا يجوز أخذ الرهن من المشتري الذي وجب عليه تسليم المبيع من أجل الشفعة ، فلا يصح للشفيع أن يقول للمشتري : أعطني رهناً بالدار المشفوعة ؛ لأن حق الشفعة لا يمكن استيفاؤه من الرهن ، فلم يصح الرهن به . كما أن الشفعة ليست بمضونة (واجبة التسليم) على المشتري ، بدليل أنه لو هلك العقار المشفوع فيه ، لا يجب عليه شيء .

٤ ـ بأجرة على فعل محرم : كأجر النائحة أو المغنية ، أو الراقصة ، كأن استأجرها شخص ، وأعطاها بالأجرة رهناً ، لا يصح الرهن ، لعدم صحة الإجارة ، فلا تجب الأجرة ، فكان الرهن بشيء غير مضمون لعدم مقابلته بشيء مضمون ، فلم يصح الرهن .

كما لا يصح الرهن بالمنفعة الثابتة في الذمة التي يلتزم بها الأجير المشترك ، إذ لا يمكن استيفاء المنفعة من المال .

الشرط الثالث ـ أن يكون الحق المرهون به معلوماً : فلا يصح الرهن بحق مجهول ، فلو أعطاه رهناً بأحد دينين له ، دون أن يعينه ، لم يصح الرهن .

واشترط الشافعية والحنابلة[1] في المرهون به شروطاً ثلاثة :

١ ـ أن يكون ديناً ثابتاً واجباً كقرض وقيمة متلف ، أو منفعة كالعمل في إجارة الذمة كالأجير المشترك الذي استؤجر لخياطة ثوب وبناء دار ، وحمل معلوم إلى موضع معين ، لإمكان استيفاء المنفعة ببيع المرهون وتحصيلها من ثمنه ، فإذا لم يقم الأجير بفعل المنفعة المستأجر عليها ، بيع الرهن ، واستؤجر منه من يعمل العمل المأجور عليه ، وذلك خلافاً للحنفية ، أما إجارة العين فلا يصح الرهن بها ، لتعذر استيفاء المرهون به من غير المعين ، وإن بيع المرهون .

ويترتب على اشتراط الدين ألا يصح الرهن عند الشافعية بالأعيان المستعارة أو المغصوبة . وأجاز الحنابلة أخذ الرهن على عين مضمونة كالغصوب والعواري ، والمقبوض على سوم الشراء ، والمقبوض بعقد فاسد ، لأنهم قالوا : يصح الرهن بكل دين واجب أو مآله إلى الوجوب ، كثمن في مدة الخيار .

ولا يصح عند الشافعية والحنابلة الرهن بدين لم يثبت بعد ، وهو الدين الموعود به خلافاً للحنفية .

ولا فرق في الدين بين أن يكون مستقراً ، كدين القرض ، وثمن المبيع المقبوض ، أو غير مستقر ، كثمن المبيع قبل قبضه ، والأجرة قبل الانتفاع في إجارة العين ، والصداق قبل الدخول . أما الأجرة في إجارة الذمة فلا يصح الرهن بها لعدم لزومها في الذمة ، إذ يلزم قبضها في مجلس العقد قبل التفرق ، فهي كرأس مال السلم .

٢ ـ أن يكون الدين لازماً في الحال أو آيلاً إلى اللزوم : فيصح الرهن بالثمن بعد لزوم البيع ، كما يصح أثناء مدة الخيار قبل لزوم العقد ؛ لأن العقد آيل إلى اللزوم بعد انتهاء مدة الخيار .

---

(١) نهاية المحتاج : ٢٦٤/٣ ، مغني المحتاج : ١٢٦/٢ وما بعدها ، البجيرمي على الخطيب : ٦٠/٣ ، كشاف القناع : ٣١١/٣ .

ولا يصح الرهن بدين أو نجوم الكتابة ، ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ من العمل ، لعدم لزوم الدين ؛ لأن للعبد المكاتب ، أو المجعول له أن يفسخ العقد متى شاء ، فيتنافى ذلك مع معنى الرهن : وهو التوثق .

٣ً ـ أن يكون الدين معلوماً أو معيناً قدره وصفته للعاقدين : فلو جهلاه أو جهله أحدهما ، أو رهن بأحد الدينين ، لم يصح الرهن .

وأما **المالكية**[1] فقالوا : يصح الرهن في المرهون فيه : وهو جميع الحقوق من بيع أو سلف أو غيرهما ، إلا بدل الصرف ورأس مال السلم . واشترطوا في المرهون فيه أن يكون ديناً فلا يصح الرهن بالأمانة من وديعة أو مضاربة ، وأن يكون في الذمة فلا يصح الرهن بالمعين ومنفعته[2] ، وأن يكون لازماً أو آيلاً للزوم ، فلا يصح الرهن في نجوم الكتابة .

المطلب الرابع ـ شروط المال المرهون :

المرهون : مال حبس لدى المرتهن لاستيفاء الحق الذي رهن به . فإذا كان المرهون من جنس الحق ، أخذ الحق منه ، وإن كان من غير جنسه بيع واستوفي الحق من ثمنه ، إن أدى البيع إلى الاستيفاء ، كأن يكون الدين نقوداً (دنانير أو ليرات مثلاً) والمرهون من الأموال القيمية ، وإلا كان الوفاء من طريق المعاوضة ، كأن يكون الدين حنطة ، والرهن نقوداً أو مالاً مثلياً من غير النقود .

ولذا اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المرهون ما يشترط في المبيع حتى يمكن

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٢٣ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٣/٢٤٥ .

(٢) مثال الرهن في شيء معين : أن يبيع شخص دابة معينة ، ويأخذ المشتري من البائع رهناً على أنها إن استحقت أو ظهر بها عيب ، أتى له بعينها من ذلك الرهن . ومثال منفعة المعين : أن يؤجر إنسان سيارة بعينها ، على أن يدفع المستأجر رهناً فإن تلفت أو استحقت أتى له بعينها ، ليستوفي العمل منها ، وكل من المثالين مستحيل عقلاً فلا يجوز شرعاً ، لكن يصح الرهن بقيمة العين أو قيمة المنفعة .

بيعه ، لاستيفاء الدين منه[١] .

وطريقة البيع عند الحنفية تتم بإذن الحاكم إذا كان الراهن غائباً ، لا يعرف موته ولا حياته . أما إن كان حاضراً ، فيجبر على بيع المرهون ، فإذا امتنع ، باعه القاضي ، أو نائبه ، وأوفى المرتهن حقه[٢] .

وشروط المرهون عند الحنفية[٣] : أن يكون مالاً متقوماً ، معلوماً ، مقدور التسليم ، مقبوضاً ، محازاً ، فارغاً عما ليس بمرهون ، منفصلاً ، متميزاً عنه ، عقاراً كان أو منقولاً ، مثلياً كان أو قيمياً . ونفصل هذه الشروط تباعاً :

أ ـ أن يكون المرهون قابلاً للبيع : وهو أن يكون موجوداً وقت العقد ، مقدور التسليم ، فلا يجوز رهن ما ليس بموجود عند العقد ، ولا رهن ما يحتمل الوجود والعدم ، كما لو رهن ما يثمر شجره هذا العام ، أو ما تلد أغنامه هذه السنة ، أو رهن الطير الطائر ، والحيوان الشارد ، ونحوه ، مما لا يتأتى استيفاء الدين منه ولا يمكن بيعه .

رهن الثمر أو الزرع الأخضر قبل بدو صلاحه : هذا الشرط متفق عليه بين أغلب الفقهاء ، فهو رأي الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، وظاهر الروايات عند المالكية كما حقق الدسوقي ، وفي وجه عند الحنابلة . فلا يجوز عندهم رهن الثمر قبل بدو صلاحه ، ولا الزرع الأخضر من غير شرط القطع ، لأنه لا يجوز بيعه ، فلا يصح رهنه ، كسائر ما لا يجوز بيعه[٤] .

---

(١) المغني : ٣٣٧/٤ .

(٢) رد المحتار : ٣٥٧/٥ .

(٣) البدائع : ١٣٥/٦ ـ ١٤٠ ، الدر المختار : ٣٤٠/٥ ، ٣٤٨ ، ٣٥١ ، تكملة الفتح : ١٩٣/٨ ، ٢٠٨ ، اللباب : ٥٤/٢ وما بعدها ، ٥٧ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٣٣/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٣ ، المغني : ٣٤٣/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٤/٢ ، كشاف القناع : ٣١٥/٣ ، المهذب : ٣٠٩/١ .

وقال ابن القاسم وابن الماجشون المالكيان، والحنابلة في الأصح عندهم: يستثنى من قاعدة: «ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه»: رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع، ورهن الزرع الأخضر بلا شرط القلع، ورهن الشارد والضال من الحيوان؛ لأن النهي عن البيع، إنما كان لعدم الأمن من العاهة أو للغرر والخطر، ولهذا أمر الشرع بوضع الجوائح، وهذا المعنى مفقود في الرهن؛ لأن الدين في ذمة المدين الراهن، والغرر أو الخطر قليل في الرهن، لأنه إذا تلف المرهون لا يضيع حق المرتهن من الدين، وإنما يعود الحق إلى ذمة الراهن. وإذا لم يتلف المرهون بأن أدرك الزرع، وأثمر الثمر، وعاد الضال، تحققت منفعة المرتهن، فيباع متى حل الحق، ويؤخر البيع متى اختار المرتهن. وعليه يجوز عند بعض المالكية، والحنابلة ارتهان ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان، ولا يباع إلا إذا بدا صلاحه، وإن حل أجل الدين.

٢ ـ أن يكون مالاً: فلا يصح رهن ما ليس بمال، كالميتة، وصيد الحرم والإحرام، لأنه ميتة لا يحل تناوله.

رهن المنفعة: ولا يصح أيضاً رهن المنفعة عند الفقهاء، كأن يرهن سكنى داره مدة شهر أو أكثر[1] لأنها عند الحنفية ليست بمال عندهم، وعند غير الحنفية: ليست مقدورة التسليم، لأنها وقت العقد غير موجودة، ثم إذا وجدت فنيت[2]، ووجد غيرها، فلا يكون لها استقرار ولا ثبوت، فلا يمكن تسليمها ولا وضع اليد عليها، ولا بقاؤها إلى حلول أجل الدين أو وقت الاستيفاء. لكن امتناع رهن المنفعة عند الشافعية هو في حالة الابتداء، فيجوز جعل المنفعة مرهوناً بلا إنشاء الرهن، كما لو مات الشخص عن المنفعة وعليه دين.

(١) عبارة الحنابلة: لا يصح ذلك، لأن مقصود المرتهن استيفاء الدين من ثمن المرهون، والمنافع تهلك إلى حلول الحق (المغني: ٣٥٠/٤، كشاف القناع: ٣٠٧/٣).

(٢) عبارة الشافعية في ذلك هي: لا يصح رهن منفعة جزماً، لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق (مغني المحتاج: ١٢٢/٢، حاشية الباجوري: ١٢٤/٢).

٣ ـ أن يكون متقوماً : أي يباح الانتفاع به شرعاً بحيث يمكن استيفاء الدين منه .

رهن الخمر والخنزير : بناء على هذا الشرط : لا يصح للمسلم أن يرهن خمراً أو خنزيراً ، ولا أن يرتهنها من مسلم أو ذمي ؛ لأن الرهن إيفاء الدين ، والارتهان استيفاء ، ولا يجوز للمسلم إيفاء الدين من الخمر ونحوه ، ولا استيفاؤه .

ولو رهن المسلم خمراً ونحوه عند ذمي ، لم يضمنها هذا للمسلم ، كما لا يضمنها بالغصب منه لعدم ماليتها .

ولو كان الراهن للخمر هو الذمي عند مسلم ، فعليه عند الحنفية ضمانها للذمي ، كما يضمنها بالغصب منه ؛ لأنها مال بالنسبة للذمي ، والتقى الدينان حينئذ قصاصاً أو مقاصة .

ويصح لأهل الذمة رهن الخمر والخنزير ، وارتهانها بينهم ؛ لأن كلاً منها مال متقوم في حقهم ، كالخل والشاة عندنا .

٤ ـ أن يكون معلوماً : كما يشترط في المبيع أن يكون معلوماً .

رهن المجهول : وعليه فكل ما صح بيعه مع نوع من الجهالة ، يصح رهنه ، وما لا يصح بيعه للجهالة ، لا يصح رهنه . والعلم المشترط في المبيع : هو ما يرتفع به النزاع ، أو هو ما لا يقع منه نزاع في العادة .

فلو قال الراهن : رهنتك هذا المنزل بما فيه ، وقبل المرتهن ، وتسلم المنزل ، صح الرهن عند الحنفية ، لصحة بيعه ، على هذا الوضع . ولم يصح عند الشافعية والحنابلة[1] ، لعدم صحة بيعه على هذا الوضع ، لجهالة ما يحويه .

---

(١) المهذب : ٣٠٩/١ ، ٢٦٣ ، المغني : ٣٤٨/٤ ، الدر المختار : ٣٥٦/٥ ، الشرح الكبير : ٢٣١/٣ .

ولو قال : رهنتك أحد هذين البيتين ، صح عند الحنفية[1] ، لصحة بيعه على أن يكون للمرتهن خيار التعيين . ولم يصح عند الشافعية والحنابلة ، لعدم التعيين[2] .

ولو دفع الراهن للمرتهن ثوبين ، وقال له : خذ أيها شئت رهناً بدينك ، فأخذهما ، لم يكن واحد منهما رهناً ، قبل أن يختار أحدهما ، لأنه إنما رهن ما يختاره المرتهن منهما ، ففيما قبل الاختيار يكون المرهون غير معلوم ، وبعده يكون معلوماً ، فيصح الرهن .

ولو هلك الثوبان ، ذهب نصف قيمة كل منهما بالدين ، إن ساوى الدين قيمة أحدهما .

٥ ـ أن يكون مملوكاً للراهن : وهذا ليس شرطاً لجواز أو صحة الرهن ، وإنما هو عند الحنفية شرط لنفاذ الرهن ، وبه يعرف حكم رهن مال الغير .

فيجوز رهن مال الغير بغير إذن بولاية شرعية كالأب والوصي ، يرهن مال الصبي بدينه ، وبدين نفسه . ويجوز رهن مال الغير بإذنه ، كالمستعار من إنسان ليرهنه بدين على المستعير . فإن لم يكن هناك إذن من المالك بالرهن ، كان الرهن كالبيع موقوفاً على الإجازة ، فإن أجاز نفذ ، وإلا بطل .

وقال الشافعية والحنابلة[3] : لا يصح رهن مال الغير بغير إذنه ، لأنه لا يصح بيعه ، ولا يقدر على تسليمه ، ولا على بيعه في الدين ، فلم يجز رهنه ، كالطير الطائر والحيوان الشارد . فإن رهن شيئاً يظنه لغيره ، ثم تبين أنه لأبيه ، وأنه قد مات ، وصار ملكاً له بالميراث ، صح الرهن عند الحنابلة وفي وجه عند الشافعية ، إذ العبرة في المعاملات بما في نفس الأمر .

---

(١) الدر المختار : ٣٥٦/٥ ، ٦١/٤ ، البدائع : ١٥٧/٥ .

(٢) المرجعان السابقان عند الشافعية .

(٣) المهذب : ٣٠٨/١ ، كشاف القناع : ٣١٥/٣

والمنصوص عند الشافعية : أن العقد باطل ، لأنه عَقِد ، والعاقد لاعب ، فلم يصح .

فإن استعار الراهن الشيء ليرهنه ، جاز عند أئمة المذاهب اتفاقاً[1] ؛ لأنه بالاستعارة يقبض ملك غيره لينتفع به وحده من غير عوض . وهو شأن الإعارة ، فهي جائزة لتحصيل منفعة واحدة من منافع العين المستعارة .

٦ - **أن يكون مفرَّغاً** أي غير مشغول بحق الراهن ، فلا يصح رهن النخل المشغول بالثمرة بدون الثمر ، ولا الأرض المشغولة بالزرع بدون الزرع ، ولا الدار المشغولة بأمتعة الراهن بدون الأمتعة ونحوها . أما رهن الشاغل كحمل السيارة ومتاع الدار ، غير المتصل بالمشغول ، فجائز رهنه .

٧ - **أن يكون محوزاً**[2] أي مجموعاً منفصلاً ، لامتفرقاً متصلاً بغيره ، فلا يجوز رهن الثمر على شجر بدون الشجر ، والزرع في الأرض بدون الأرض ، إذ لا يمكن حيازة الثمر أو الزرع بدون الشجر أو الأرض .

٨ - **أن يكون متميزاً** : أي غير مشاع ، فلا يجوز رهن نصف دار أو ربع سيارة ، ولو من الشريك .

والسبب في اشتراط التفرغ ، والحيازة ، والتميز : هو أن القبض شرط لازم لا شرط صحة في الرهن ، والقبض متعذر مع وجود هذه الموانع . فإذا قبض الرهن مفرغاً محوزاً متميزاً ، تم العقد فيه ولزم ، ومالم يقبضه المرتهن ، فالراهن بالخيار : إن شاء سلمه ، وإن شاء رجع عن الرهن ، كما في الهبة ؛ لأن الرهن كالهبة عقد تبرع غير لازم إلا بالقبض . وبه يظهر أن هذه الشروط الثلاثة هي في الواقع العناصر التي يتحقق بتوافرها قبض المرهون .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، تبيين الحقائق : ٨٨/٦

(٢) المحوز : من الحوز : وهو الجمع وضم الشيء

المطلب الخامس ـ شرط تمام الرهن ـ قبض المرهون :

اتفق الفقهاء في الجملة على أن القبض شرط في الرهن ، لقوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ، واختلفوا في تحديد نوع الشرط ، هل هو شرط لزوم ، أو شرط تمام ؟ وفائدة الفرق : أن من قال : شرط لزوم ، قال : مالم يقع القبض ، لم يلزم الراهن بالرهن ، وله أن يرجع عن العقد . ومن قال : شرط تمام ، قال : يلزم الرهن بالعقد ، ويجبر الراهن على الإقباض ، إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت[1] .

١ ـ فقال الجمهور غير المالكية[2] : القبض ليس شرط صحة وإنما هو شرط لزوم الرهن ، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض ، فما لم يتم القبض يجوز للراهن أن يرجع عن العقد ، وإذا سلمه الراهن للمرتهن وقبضه ، لزم الرهن ، ولم يجز للراهن أن يفسخه وحده بعد القبض .

ودليلهم قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فلو لزم بدون القبض ، لم يكن للتقييد به فائدة فقد علقه سبحانه بالقبض فلا يتم إلا به ، ولأن الرهن عقد تبرع أو إرفاق (أي نفع) يحتاج إلى القبول ، فيحتاج إلى القبض ليكون دليلاً على إمضاء العقد وعدم الرجوع ، فلا يلزم إلا بالقبض كالهبة والقرض .

٢ ـ وقال المالكية[3] : لا يتم الرهن إلا بالقبض أو الحوز ، فهو شرط تمام الرهن أي لكمال فائدته ، وليس شرط صحة أو لزوم ، فإذا عقد الرهن بالقول (الإيجاب والقبول) لزم العقد ، وأجبر الراهن على إقباضه للمرتهن بالمطالبة به . فإن تراخى المرتهن في المطالبة به ، أو رضي بتركه في يد الراهن ، بطل الرهن .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٧٠/١ وما بعدها

(٢) الدر المختار : ٣٤٠/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٣٧/٦ ، اللباب : ٥٤/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٢٨/٢ ، المهذب : ٣٠٥/١ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣١٧/٣ ، المغني : ٣٢٨/٤

(٣) بداية المجتهد : ٢٧١/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣١٣/٣

ودليلهم : قياس الرهن على سائر العقود المالية اللازمة بالقول ، لقوله تعالى : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ والرهن عقد فيجب الوفاء به . كما أن الرهن عقد توثق كالكفالة ، فيلزم بمجرد العقد قبل القبض .

وبناء على اشتراط القبض : لو تعاقد الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن في يد الراهن ، لم يصح الرهن . فلو هلك الرهن في يده لا يسقط الدين ، ولو أراد المرتهن أن يقبضه من يد الراهن ليحبسه رهناً ، ليس له قبضه ، إذ لا يصير الرهن صحيحاً بعد فساده[1] .

كيفية القبض أو ما يتحقق به القبض :

اتفق الفقهاء على أن قبض العقار يكون بالتسليم الفعلي أو بالتخلية أي رفع المانع من القبض أو التمكن من إثبات اليد بارتفاع الموانع ، فيُخلّى بين المرتهن والمرهون ، ويمكن من إثبات يده عليه .

أما قبض المنقول : ففي ظاهر الرواية عند الحنفية[2] : أنه يكتفى فيه بالتخلية ، فإذا حصلت ، صار الراهن مسلّماً ، والمرتهن قابضاً ؛ لأن التخلية تعتبر إقباضاً في العرف والشرع ، أما في العرف : فلأنه لا يكون في العقار إلا بها ، فيقال : هذه الأرض أو الدار في يد فلان ، فلا يفهم منه إلا التخلي : وهو التمكن من التصرف .

وأما في الشرع : فإن التخلية تعتبر إقباضاً في البيع بالإجماع من غير نقل أو تحويل . وهذا الرأي هو المعقول تمشياً مع طبيعة التعامل وسرعته .

وقال أبو يوسف : لا تكفي التخلية في المنقول ، وإنما يشترط فيه النقل والتحويل ، فما لم يوجد لا يصير المرتهن قابضاً ؛ لأن القبض ورد مطلقاً في الآية :

---

(١) البدائع : ٦ / ١٣٧

(٢) البدائع : ١٤١/٦ ، الدر المختار : ٣٤١/٥ ، تكملة الفتح : ١٩٣/٨ ، تبيين الحقائق : ٦٣/٦ ، اللباب : ٥٤/٢

﴿ فرهان مقبوضة ﴾ فينصرف إلى القبض الحقيقي ، وهو لا يتحقق إلا بالنقل ، أما التخلية فالذي يتحقق بها قبض حكمي ، فلا يكتفى فيه . ثم إن قبض الرهن يترتب عليه إنشاء ضمان على المرتهن لم يكن ثابتاً قبل العقد ، فلا بد فيه من تمام النقل بالقبض ليحدث الضمان ، كالشأن في الغصب ، بخلاف البيع فإن الذي يترتب عليه إنما هو نقل الضمان من البائع للمشتري ، فيكتفى فيه بالتخلية . لكن يلاحظ أن هذا الفرق بين الرهن والبيع لا تأثير له .

ويتفق الشافعية والحنابلة[1] مع أبي يوسف : فإنهم قالوا : المراد بالقبض هو القبض المعهود في البيع ، فقبض الرهن كقبض البيع ، فإن كان عقاراً أو مما لا ينقل كالدور والأرضين ، يكون قبضه بالتخلية أي تخلية راهنه بينه وبين المرتهن من غير حائل . وذلك ينطبق على الثمر على الشجر والزرع في الأرض وإن كان منقولاً ، فقبضه يكون بنقله أو تناوله ، أي أخذه إياه من راهنه فعلاً .

فإن كان كالحلي فيتم قبضه بنقله ، وإن كان كالدراهم والثوب ، فيتم نقله بتناوله ، وإن كان مكيلاً أو موزوناً ، فقبضه يكون بكيله أو وزنه . وإن كان مذروعاً ، فقبضه بذرعه ، وإن كان معدوداً فقبضه بعدّه . ويعتبر العرف المتعارف في المذكور كله .

الرهن الرسمي للعقار أو ما ينوب مناب القبض : الظاهر أن المقصود من قبض الرهن هو تأمين الدائن المرتهن ، وإلقاء الثقة والطمأنينة لديه ، بتمكينه من حبس المرهون تحت يده ، حتى يستوفي منه دينه ، وليس المقصود من اشتراط القبض هو التعبد أي تنفيذ المطلوب بدون معنى .

وقياساً عليه : يصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة تؤدي إلى تأمين الدائن ، ومنها ما أحدثه القانون المدني من الرهن الرسمي في العقار بوضع إشارة الرهن في

---

(١) مغني المحتاج : ١٢٨/٢ ، المغني : ٣٢٨/٤ ، كشاف القناع : ٣١٨/٣

صحيفة العقار في دائرة التسجيل العقاري ، فهو محقق لحفظ المرهون وبقائه ضماناً للدائن ، وتأميناً لمصلحته ، فيقوم هذا مقام القبض المطلوب شرعاً . وهذا ما أقره المالكية من جواز الرهن الرسمي ، بالإضافة لمشروعية الرهن الحيازي المتفق عليه بين الفقهاء .

شروط القبض :

يشترط لصحة القبض ما يأتي :

أولاً - أن يكون بإذن الراهن : اتفق الفقهاء[1] على أنه لابد لصحة القبض من إذن الراهن بالقبض ، إذ به يلزم الرهن ، ويسقط حق الراهن في الرجوع عن الرهن . فإن تعدى المرتهن ، فقبضه بغير إذن ، لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض رهناً . وإن أذن الراهن في القبض ، ثم رجع عن الإذن قبل القبض ، زال حكم الإذن . أما رجوعه بعد القبض فلا يؤثر .

وإذا قبض المرتهن شيئاً بغصب ، ثم أقره المغصوب منه في يده رهناً ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل المغصوب منه الشيء المغصوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه منه .

وقال الشافعي : لايجوز ، بل يبقى على ضمان الغصب ، حتى يعود إلى الراهن ثم يأذن بقبضه ولا يبرأ الغاصب عن الضمان بارتهان المغصوب منه .

والإذن نوعان : صريح ، ودلالة .

فالصريح : أن يقول الراهن : أذنت لك في القبض ، أو رضيت به ، أو يأمر المرتهن بقبض الرهن بأن يقول له : اقبض ، ونحوه ، سواء تم القبض في مجلس العقد ، أم بعده .

---

(١) البدائع : ١٣٨/٦ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، مغني المحتاج : ١٢٨/٢ ، المغني : ٢٣٢/٤ ، المهذب : ٣٠٥/١ وما بعدها .

والإذن دلالة أو ضمناً : أن يقبض المرتهن المال المرهون في مجلس العقد ، والراهن ساكت ، لا يعترض ، فيصح قبضه ؛ لأن الإيجاب بالرهن يدل على إرادة ترتب الأثر على العقد ، ولا يترتب إلا بالقبض ، فكان الإيجاب إذناً بالقبض ضمناً ، في مجلس العقد ، لابعده ، إذ قد يتغير رأيه بعد انتهاء المجلس

وقياس قول زفر في الهبة : أنه لابد من الإذن بالقبض صراحة ، ولا يجوز القبض بعد الافتراق من مجلس عقد الرهن ؛ لأن القبض ركن في نظره .

ثانياً ـ أن يكون كل من عاقدي الرهن حين القبض أهلاً للعقد : بأن يكون عاقلاً بالغاً ، غير محجور عليه لصغر ، أو مجنون أو سفه ، أو فلس عند مجيزي الإفلاس ؛ لأن القبض هو المولد لآثار الرهن ، فوجب فيه مايجب للعقد . وهذا محل اتفاق بين أئمة المذاهب الأربعة[1] .

فإن جن أحد العاقدين بعد العقد ، وقبل القبض ، أو عته ، أو مات ، بطل العقد عند الحنفية لزوال أهلية العاقد قبل تمام العقد .

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة : لا يبطل الرهن ، كالبيع الذي فيه الخيار ، ويقوم ولي المجنون أو المعتوه مقامه ، كما يقوم الوارث مقام الميت المورث ، وكذلك يقوم القيم على السفيه مقامه لو حجر عليه لسفه ، أما إن حجر عليه لفلس لم يكن له تسليم الرهن . وإن أغمي عليه ، لم يكن للمرتهن قبض الرهن .

وقال المالكية : يبطل الرهن بموت الراهن أو جنونه أو إفلاسه ، أو مرضه المتصل بموته قبل القبض . ولا يبطل بموت المرتهن ، أو تفليسه ، أو الحجر عليه للجنون ؛ لأن العقد تم بالقول ، وفي إمضائه منفعة ظاهرة للمرتهن ، فيقوم وارثه مقامه في القبض .

---

(١) البدائع : ١٣٥/٦ ، ١٤١ ، بداية المجتهد : ٢٦٨/٢ ، ٢٧١ ، مغني المحتاج : ١٢٢/٢ ، ١٢٩ ، المغني : ٣٢٨/٤ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣١٦/٣ ، كشاف القناع : ٣١٩/٣ ، الشرح الكبير للدردير ، ٢٤١/٣ ، المهذب : ٣٠٧/١

وإذا مرض الراهن مرض الموت قبل القبض، لم يجز له عند الحنفية إقباض أو تسليم المرهون، إذا كان ماله مستغرَقاً بالدين، وله غرماء آخرون، إذ ليس له أن يوفي بعض الغرماء ديونهم دون بعض، لتعلق حقوقهم جميعاً حينئذ بماله، إلا إذا رضي سائر الغرماء.

وهذا موافق لرأي المالكية أيضاً كما بينا.

وقال الشافعية في الأصح، والحنابلة في قول: للمريض أن يخص بعض غرمائه بالوفاء، ولو أحاط الدين بماله؛ لأنه يؤدي ما وجب عليه، فله إقباض الرهن. وقيل في المذهبين: ليس له تسليم الرهن.

ثالثاً ـ استدامة قبض الرهن: يشترط لصحة القبض عند الحنفية والمالكية والحنابلة[1] دوام القبض، فإن قبض الرهن، ثم رده المرتهن باختياره إلى الراهن أو عاد إليه بإعارة أو ايداع أو إجارة أو استخدام أو ركوب دابة أو سيارة، بطل الرهن عند المالكية والحنفية، وزال لزوم الرهن وبقي العقد كأن لم يوجد فيه قبض عند الحنابلة، فإن عاد الراهن فرده إلى المرتهن، عاد اللزوم عند الحنابلة بحكم العقد السابق. وعند الحنفية والمالكية: لا يعود الرهن إلا بعقد جديد.

ودليلهم عموم قوله تعالى: ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ الذي يفهم منه اشتراط وجود القبض واستدامته.

وقال الشافعية[2]: ليس استدامة القبض فيما يمكن الانتفاع به مع بقائه من شروط صحة القبض، فلا يمنع القبض إعارة المرهون المراهن، أو أخذ الراهن المرهون بإذن المرتهن، واستعماله للركوب والسكنى والاستخدام، ويبقى وثيقة بالدين، لخبر

---

(١) البدائع: ١٤٢/٦، بداية المجتهد: ٢٧١/٢ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير والدسوقي: ٢٤١/٣ وما بعدها، ٢٤٣، القوانين الفقهية: ص ٣٢٤، المغني: ٣٣١/٤

(٢) المهذب: ٣١١/١، مغني المحتاج: ١٣٠/٢، ١٣١، ١٣٢

الـدارقطني والحـاكم : « الرهن مركـوب ومحلـوب » وخبر البخـاري « الظهر يركب بنفقتـه إذا كان مرهـونـاً » ، ولأن الرهن عقـد يعتبر القبض في ابتـدائـه ، فلم يشترط استدامته كالهبة .

وأمـا إذا كان المرهون ممـا لا يمكن الانتفـاع بـه إلا بـاستهلاكـه ، لم يكن للراهن طلب استرداده للانتفاع به بعد قبضـه ، ووجب استمرار يـد المرتهن عليـه ؛ إذ لا ضمان لحقه إلا بذلك ، حتى لا يتعرض حقه للضياع والتلف .

القبض السابق للرهن ، أو رهن ما في يد المرتهن :

إذا كان المرهون موجوداً في يد المرتهن بطريق الإعارة أو الايداع أو الإجـارة أو الغصب ، فهل يكتفى بالقبض السابق على عقد الرهن عن قبض الرهن بعده ، فيصح العقـد و يلزم بمجرد الإيجـاب والقبول ، أم يلزم تجـديـد القبض المطلوب للرهن بعـد العقد مرة أخرى ؟

فيه رأيان : رأي الجمهور ورأي الشافعية :

١ ـ قول الجمهـور : يرى الحنفيـة والمـالكيـة والحنـابلـة[1] : أنـه يكتفى بـالقبض السابق عن قبض الرهن ، ولا حاجة لتجديد القبض .

أما الحنفية فقرروا بالمناسبة مبدءاً ينطبق على الهبة والرهن ونحوهمـا . فقـالوا : إن المرهون إذا كان مقبوضاً عند العقد ، فينوب عن قبض الرهن إذا تجانس القبضان ، بأن كان كل منهما مماثلاً للآخر في قوته ، و إذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى .

وتوضيحه أن القبض كما بينا في الهبة نوعان : قبض أمانـة ، وقبض ضمان . فقبض

---

(١) البـدائع : ١٤٢/٦ ، ١٢٦/٥ ومـا بعـدهـا ، الشرح الكبير للـدردير : ٢٣٦/٣ ، المغني : ٣٣٤/٤ ، الشرح الصغير : ٣٠٩/٣ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ .

الأمانة كقبض الوديعة . وقبض الضمان كقبض الغصب ، والثاني أقوى من الأول .

فإذا تجانس القبضان : السابق واللاحق المطلوب ، أي أنهما كانا من نوع واحد ، بأن كان كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان ، قام القبض الأول مقام القبض الثاني المطلوب . وقبض الرهن قبض أمانة[1] ، وليس هناك حالة يكون فيها القبض أدنى من قبض الرهن .

فلو كان المال موجوداً بيد الدائن سابقاً على سبيل الإيداع أو الإعارة أو الإجارة ثم رهنه الراهن لدى الدائن ، لزم الرهن ، دون حاجة لتجديد قبض آخر ؛ لأن قبض الوديعة ونحوه وقبض الرهن متجانسان ، فكل منهما قبض أمانة ، فينوب أحدهما مناب الآخر .

ولو كان المال موجوداً بيد الدائن سابقاً بطريق الغصب ، فرهنه صاحبه لدى الغاصب بسبب علاقة دين من بيع أو قرض ، ناب قبض الغصب ؛ لأنه قبض ضمان أقوى ، عن قبض الرهن ؛ لأنه قبض أمانة أدنى ، والأعلى ينوب مناب الأدنى ، أو الأقوى ينوب مناب الأضعف .

وأما المالكية : فينوب عندهم أيضاً أي قبض سابق عن قبض الرهن ؛ لأن غرضهم من القبض هو الحيازة ، وهي متحققة . وقد نصوا على أنه يجوز رهن العين المستأجرة عند مستأجرها قبل انتهاء مدة الإجارة ، ورهن البستان عند العامل فيه بعقد المساقاة ، ويكفي حوزها السابق بالإجارة والمساقاة .

وأما الحنابلة فقالوا أيضاً : إذا ارتهن المرتهن ما في يده بطريق الإعارة أو

---

(١) أما أن الدين يسقط كله أو بعضه بهلاك المرهون فلمعنى آخر : هو أن مالية المرهون تعتبر محبوسة لدى الدائن ضماناً لحقه ووفاء له من وجه ، بوضع يده على قيمة المرهون أو على بعضها ، فإذا هلك امتنع رد مالية المرهون إلى مالكه ، فيتقرر بذلك استيفاء دينه من المرهون ، فيسقط من الدين بقدر مالية المرهون . وعليه فإن ما يزيد من الرهن على الدين يهلك هلاك الأمانات ، لأنه ليس محبوساً على وجه الاستيفاء .

الايداع أو الغصب ونحوه ، صح الرهن ، ولزم بالإيجاب والقبول ، من غير حاجة إلى أمر زائدعليهما ، لثبوت يده حينئذ على المال المرهون ، ولم يشترط القبض إلا لإثبات اليد .

٢ ـ وقال الشافعية والقاضي أبو يعلى من الحنابلة[١] : يكفي القبض السابق ، لكن لا يصير الشيء رهناً مقبوضاً حتى تمضي مدة يتأتى فيها قبضه فيها . فإن كان منقولاً ، فبمضي مدة يمكن نقله فيها ، وإن كان مكيلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها ، وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية . وإن كان غائباً عن المرتهن ، لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها ؛ لأن العقد يفتقر إلى القبض ، والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه ، وهو لا يكون إلا في زمن .

والجمهور يقولون : إذا كانت يد المرتهن على المال المرهون قبل رهنه يد ضمان ، فإنها تنقلب يد أمانة بارتهانه ؛ لأن السبب المقتضي للضمان قد زال بالارتهان ، فيزول أثره وهو الضمان بزوال سببه ، بدليل أن الضمان يزول برد المال إلى مالكه لزوال السبب المقتضي للضمان ، وسبب الضمان هو الغصب أو الاستعارة ، وبارتهان المال لم يبق المرتهن غاصباً ولا مستعيراً ، فلا يبقى الحكم مع زوال سببه .

وقال الشافعية : تظل اليد السابقة إذا كانت يد ضمان كما هي . فإذا كان المال المرهون في يد المرتهن بطريق اغتصابه أو إعارته ، لا يبرئه ارتهانه عن الغصب[٢] ، أو الإعارة ، لأنه لا منافاة بين الأمرين ، فلا منافاة بين يد الغرض منها التوثق وهي يد المرتهن ـ يد الأمانة ، وبين اعتبارها ضامنة ، بدليل أن المرتهن لو تعدى على

---

(١) المهذب : ٣٠٦/١ ، المغني : ٣٣٤/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٨/٢ .

(٢) وإذا كان الارتهان لا يبرئ الغاصب من الغصب ، فلو أبرأ المالك غاصباً من ضمان المغصوب الباقي ، لم يبرأ ، لأن الأعيان لا يبرأ منها ، إذ الإبراء إسقاط ما في الذمة أو تمليكه ، وكذا لو أبرأه عن ضمان ما يثبت في ذمته بعد تلفه ، لأنه إبراء عما لم يجب .وكذلك لو أجره المغصوب ، أو ضاربه به ، أو وكله في التصرف فيه ، لم يبرأ ، كالارتهان .

المرهون ، ضمنه ، مع بقاء الرهن ، بدليل اختصاصه بضمانه دون باقي الغرماء . وإذا كان عقد الرهن لا يبطل أو لا يرتفع بالضمان ، بل يبقى معه ، فلا يرفع الضمان الرهن ابتداء من طريق أولى .

لكن إيداع الشيء عند الغاصب يبرئه عن الغصب في الأصح ؛ لأن الايداع ائتمان ، وهو ينافي الضمان ، بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أميناً ، بخلاف الرهن .

من يتولى قبض الرهن :

يتولى قبض الرهن المرتهن أو وكيله . ولا يصح أن يكون وكيله هو الراهن ؛ لأن المقصود من القبض تأمين المرتهن ، ولا يتم القبض مع بقاء الرهن في يد الراهن .

ويجوز أن يتفق الراهن والمرتهن على أن يوضع الرهن عند شخص يختارانه ، فيقبضه ويحفظه عنده ، ويسمى بالعدل ، لأن الراهن قد يكره وضعه عند المرتهن ، والمرتهن قد يكره وضعه عنده ، خوف الضمان إذا تلف ، أو لسبب آخر[١] .

العدل ـ تعيينه ، عزله ، ما له وما عليه أو أحكامه .

تعيين العدل : العدل : هو الذي يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن في يده[٢] ، لحفظه وحيازته . ويعتبر نائباً عن الراهن والمرتهن جميعاً . أما الراهن فلقيامه على حفظ المرهون باختيار الراهن وثقته به واطمئنانه إلى أمانته . وأما المرتهن فيعد العدل وكيلاً عنه في القبض ، برضا المرتهن ، بل إنه يعد احتباسه للرهن استيفاء للدين من وجه .

فللعدل أو الأمين صفتان : صفة الأمانة ، باعتباره نائباً عن الراهن المالك ، فهو

---

(١) الشرح الصغير : ٣٢١/٣ .

(٢) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٨٠/٦ .

وديعة في عين المرهون . وصفة الضمان ، باعتباره نائباً عن المرتهن ، فهو وديعة في مالية المرهون .

وبما أن العدل وكيل عن الراهن والمرتهن ، فيشترط فيه ما يشترط في الوكيل[1] ، فلا يكون صغيراً غير مميز ، ولا محجوراً عليه لجنون أو عته عند جميع الفقهاء ، كما لا يكون صبياً مميزاً ولا محجوراً عليه لسفه عند الجمهور غير الحنفية . ولا يصلح المدين المكفول عنه أن يكون عدلاً في رهن يقدمه كفيله ؛ لأنه يكون عاملاً لنفسه ، والشريك لا يصلح عدلاً في رهن يقدمه شريكه ، ورب المال في المضاربة لا يصلح أن يكون عدلاً في رهن يقدمه المضارب في دين للمضاربة ؛ لأن يده كيد المضارب .

ولو اتفق عاقدا الرهن على أن يكون العدل هو الراهن : فإن كان الاتفاق قبل قبض المرتهن ، لم يصح الرهن اتفاقاً لوجود شرط فاسد لحق العقد . وإن كان الاتفاق بعد قبض المرتهن الرهن ، فهو جائز عند الشافعية[2] ، إذ لا يشترط عندهم استدامة قبض الرهن لدى المرتهن ، ولا يصح الرهن عند غير الشافعية .

ويحصل تعيين العدل باتفاق الراهن والمرتهن ، سواء قبل أن يقبضه المرتهن ، أو بعد قبض المرتهن ، إذ قد تدعو الحاجة إليه ، كأن يأبى الراهن أن يكون الرهن في يد الدائن ؛ لأنه لا يثق به ، أو لا يطمئن إلى حفظه ، أو يخشى عليه منه ، وهو في حاجة إليه .

وإذا قبض العدل الرهن ، صح قبضه ، ولزم الرهن به عند جمهور الفقهاء ؛ لأنه قبض في عقد ، فجاز فيه التوكيل ، كسائر أنواع القبض ، وكان العدل وكيلاً عن

---

(١) البدائع : ١٥٠/٦ ، المغني : ٣٥١/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٣/٢ .

(٢) مغني المحتاج : ١٣٣/٢ وما بعدها .

المرتهن في القبض ، بالنسبة لمالية الرهن بصفة الضمان ، وإن كان وكيلاً أيضاً عن الراهن بالنسبة لعين الرهن ، بصفة الأمانة ، ويد الضمان غير يد الأمانة .

وقال بعضهم كابن أبي ليلى وزفر وقتادة : لا يصح قبض العدل ؛ لأن القبض من تمام العقد ، فوجب أن يقوم به أحد العاقدين ، وهو المرتهن ، كالقبول والإيجاب[1] .

ويجوز لعاقدي الرهن أن يجعلا المرهون في يد عدلين ، فيحفظانه معاً ، ولا ينفرد أحدهما بحفظه ، وإن سلمه أحدهما إلى الآخر ، كان ضامناً لنصفه : وهو القدر الذي تعدى فيه ، وهذا عند الحنابلة ، والأصح عند الشافعية[2] ؛ لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما ، فلم يجز لأحدهما الانفراد بالحفظ ، ويجعلانه في مخزن لكل واحد منهما مفتاح .

وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقسم اقتسماه ، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه ؛ لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما .

وقال الصاحبان : إذا رضي أحدهما بإمساك الآخر ، جاز .

عزل العدل : ينعزل العدل في الأحوال التالية[3] :

١ً ـ الاستقالة : إذا استقال العدل ، ورد الرهن إلى العاقدين ، انتهت وكالته ، لأنه أمين متطوع بالحفظ ؛ فلا يلزمه الاستمرار عليه . فإن امتنعا رفع أمره إلى القاضي ، فأجبرهما على قبول استقالته ، أو دفعه إلى عدل آخر .

٢ً ـ إنهاء ولايته : إذا اتفق العاقدان على عزل العدل ، أو تغييره ، أو أن يكون

---

(١) المغني : ٣٥١/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٣/٢ ، المهذب : ٣١٠/١ ، تكملة الفتح : ٢٢٠/٨ ، تبيين الحقائق : ٨٠/٦ ، الدر المختار : ٣٥٧/٥ ، الشرح الصغير : ٣٢١/٣ .

(٢) المغني : ٣٥٢/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٤/٢ ، المهذب : ٣١٠/١ .

(٣) البدائع : ١٥١/٦ ، المغني : ٣٥٣/٤ وما بعدها ، ومغني المحتاج : ١٣٤/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٧/١ .

بيد المرتهن ، انعزل العدل ؛ لأنه وكيل عنهما جميعاً . فإن لم يتفقا رفع الأمر إلى القاضي ليرى رأيه ، فإن شاء غيره ، وإن شاء أبقاه .

٣ً ـ بيع الرهن وتسديد دين المرتهن من ثمنه .

٤ً ـ موت الراهن ، لا موت المرتهن ، في ظاهر الرواية عند الحنفية ، فإذا توفي الراهن ، وكان تعيين العدل متأخراً عن عقد الراهن ، انعزل العدل ؛ لأنه في هذه الحالة وكيل ، وتنتهي الوكالة بموت الموكل . أما إذا مات المرتهن فلورثته عند الحنفية إمساك الرهن ؛ لأن الدين قد انتقل إليهم بوثيقته ، فينتقل إليهم حق إمساكه .

أما إذا كان تعيين العدل في عقد الرهن ، فلا ينعزل بموت الراهن ، ولا بموت المرتهن ؛ لأن تعيين العدل تابع للرهن ، والرهن لا يبطل بموت أحد العاقدين ، فلا ينعزل العدل الذي هو تابع . وقال الحنابلة والشافعية[1] : ينعزل العدل بموت الراهن ؛ لأنه وكيله ، ولا ينعزل بموت المرتهن ؛ لأنه ليس وكيلاً له .

٥ً ـ موت العدل : إذا توفي العدل لم يكن لورثته حق إمساك الرهن إلا إذا اتفق العاقدان على ذلك .

٦ً ـ جنون العدل : إذا جن العدل جنوناً لا ينتظر برؤه منه ، انعزل به . أما إذا كان يرجى شفاؤه منه فلا ينعزل به .

٧ً ـ عزل الراهن العدل : ينعزل العدل عند الشافعية والحنابلة[2] بعزل الراهن له ، سواء اشترط تعيينه في عقد الرهن ، أم بعده لأنه وكيله . ولا ينعزل عندهم بعزل المرتهن ؛ لأنه ليس وكيلاً له ، كما هو الحكم في موت الراهن .

وقال الحنفية[3] : إذا كان تعيين العدل عقب الرهن ، فللراهن عزله ، ولا ينعزل

---

(١) المغني : ٣٥٤/٤ .

(٢) المغني : ٣٥٣/٤ .

(٣) البدائع : ١٥١/٦ .

فيما إذا كان التعيين في نفس عقد الرهن . وقال مالك : لا ينعزل العدل بعزل الراهن ؛ لأن وكالته صارت من حقوق الرهن ، فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه .

والخلاصة : أن موت الراهن وعزله العدل ، ينعزل به العدل عند الشافعية والحنابلة ؛ لأن الوكالة عقد جائز غير لازم ، فلا يجبر الراهن على إبقائها .

وقال الحنفية : ينعزل في تعيين متأخر عن الرهن ، ولا ينعزل في تعيين مقترن بالرهن .

وقال المالكية : لا ينعزل . واتفقوا على أن العدل لا ينعزل بعزل المرتهن له ولا بموته ؛ لأنه وكيل الراهن ، إذ الرهن ملكه ، ولو انفرد بتوكيله صح ، فلم ينعزل بعزل غيره .

أحكام العدل أو ما له وما عليه :

للعدل حقوق وواجبات هي ما يأتي[1] :

١ ـ يجب على العدل أن يحفظ الرهن ، كما يحفظ ماله . فيحفظه بنفسه أو بواسطة من يحفظ ماله عنده ؛ لأنه في الحفظ بحكم الوديع .

٢ ـ وعليه أن يبقيه تحت يده ، فليس له أن يدفعه إلى الراهن أو إلى المرتهن إلا بإذن الآخر ، لاتفاقهما على وضع الرهن تحت يده ، وعدم رضا كل منهما عن حفظ الآخر له . وليس للمرتهن ولا للراهن أخذ الرهن من يد العدل ؛ لأن لكل منهما حقاً في الرهن ، فحق الراهن في الحفظ ، وحق المرتهن في الاستيفاء ، ولا يملك أحدهما إبطال حق الآخر .

---

(١) البدائع : ١٤٨/٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٨٠/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٢٢١/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥٨/٥ وما بعدها ، اللباب : ٥٧/٢ ، الشرح الصغير : ٣٢١/٣ ، مغني المحتاج : ١٣٤/٢ وما بعدها ، المغني : ٣٥٣/٤ وما بعدها .

ولو دفعه العدل إلى أحدهما من غير رضا صاحبه ، فلصاحبه أن يسترده ويعيده إلى يد العدل .

وإذا هلك الرهن في يد أحدهما قبل استرداده ، ضمن العدل قيمته ، بسبب اعتدائه عليه بدفعه إلى أحدهما ، أي ضمن الأقل من قيمته ومن الدين . وهذا باتفاق الحنفية ، والمالكية .

ومثله في الحكم أن يسلمه العدل إلى أجنبي بدون رضاهما قبل سقوط الدين . وإذا ضمن العدل قيمته ، فدفعها إليهما ، فلهما عندئذ أن يجعلاها رهناً في يده ، إلى وفاء الدين . وليس للعدل بنفسه أن يجعل القيمة رهناً في يده ؛ لأنه هو الذي دفع القيمة ، فلو جعلها رهناً يصير قاضياً ومقضياً وبينهما تناف . فإن وفى الراهن الدين وأراد أن يأخذ قيمة الرهن من العدل ، نظرنا في الأمر :

فإن كان العدل قد ضمن بسبب دفعه إلى الراهن ، لم يكن للراهن أخذ قيمة الرهن منه ؛ لأن حقه قد وصل إليه حين دفع إليه الرهن ، فتكون القيمة حقاً للعدل .

وإن كان العدل قد ضمن بسبب دفعه إلى المرتهن ، كان للراهن أن يأخذ قيمة الرهن منه ؛ لأنها بدل عن عين الرهن . وعندئذ ليس للعدل أن يرجع بما ضمن على المرتهن ، إذا كان قد دفعه إليه على وجه العارية أو الوديعة ؛ لأن العدل قد دفع إليه ملكه الذي تملكه من وقت الدفع حين ضمن قيمته[1] . وإن كان قد دفعه إليه رهناً فيكون مضموناً على المرتهن كالمقبوض على سوم الرهن أو على سوم البيع ؛ لأنه دفعه إليه على وجه الضمان .

٣ً ـ ليس للعدل أن ينتفع بالرهن ، ولا أن يتصرف فيه بالإجارة ، أو الإعارة ،

---

(١) وبعبارة أخرى : إن العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة من وقت الدفع للمرتهن ، وتبين أنه أودع أو أعار ملك نفسه ، فلا يضمن المستعير ولا الوديع إلا بالتعدي .

أو الرهن ؛ لأن الواجب عليه الإمساك ، وليس له حق الانتفاع والتصرف . وليس لـه أن يبيعه إلا إذا كان مسلطاً على بيعه في عقد الرهن ، أو بعـده . وإذا توفي العـدل ، لم يحل وارثه محله في بيع الرهن ؛ لأن الوكالة لا تورث . وكذلك لا يحل وصيـه محلـه في البيع أيضاً ، لأن الراهن لم يرض برأي وصيه .

وعن أبي يوسف : أنه يحل محله ؛ لأن الوكالة لازمة ، فصار وصيه كوصي العامل المضارب إذا مات .

ورد عليه بأن للمضارب ولاية التوكيل في حياتـه بـدون إذن صـاحب المـال ، بخلاف العدل ، فجاز أن يقوم وصيه مقامه ، كالأب في مال الصغير .

وإذا باع العدل الرهن ، لم يعد رهناً ؛ لأنه صـار ملكاً للمشتري ، وصـار ثمنـه هو الرهن ، لأنه قام مقامه .

وللعدل أن يبيع الزيادة المتولدة من الرهن ، لكونها مرهونة تبعـاً للأصل . ولـه أن يبيع بمثل قيمة الرهن أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيـه ، وبـالنقـد والنسيئـة عند أبي حنيفة . وله أن يبيع قبل حلول الأجل ويكون الثمن حينئذ رهنـاً عنـده إلى أن يحل الأجل ؛ لأن ثمن المرهون مرهون .

وقال الشافعيـة والحنـابلـة : لا يبيع العـدل إلا بثمن المثل حـالاً ، من نقـد بلـده كالوكيل . واذا باع العدل وقبض الثمن ، كان الثمن عنده من ضمان الراهن لأنه ملكـه ، والعدل أمينه ، حتى يقبضه المرتهن .

٤ً ـ إذا هلك الرهن في يد العدل من غير تعد ، كان كهلاكـه في يـد المرتهن ؛ لأن يد العدل بـالنسبـة لمـاليـة الرهن ، كيـد المرتهن ، ويكون عنـد الحنفيـة مضموناً على المرتهن بالأقل من قيمته (أي قيمة الرهن) ومن الدين .

وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بتعديه ، أو ضمنها الأجنبي المتعـدي على الرهن بعـد

أن دفعه العدل إليه بلا حق ، لم يستطع العدل أن يجعل القيمة رهناً في يده ؛ لأنها واجبة عليه في الحالين ، ولا يصلح الشخص الواحد أن يكون في آن واحد قاضياً ومقتضياً ، ولكن يأخذها الراهن والمرتهن ، فيجعلانها رهناً عند العدل أو عند غيره . وقال الشافعية والحنابلة : تجعل القيمة رهناً في حالة كون الأجنبي هو المتعدي على الرهن .

وإذا استحق الرهن وهو قائم في يد العدل أخذه المستحق وبطل الرهن . وإذا استحق بعد هلاكه كان المستحق بالخيار بين أن يضمن الراهن قيمته أو يضمن العدل ويرجع العدل على الراهن بما ضمن لأنه غيره .

٥ً ـ ليس للعدل المسلط على البيع عند الحنفية أن يعزل نفسه إلا برضا المرتهن ، مراعاة لحقه ، إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الراهن . فيجبر على البيع إذا حل أجل الدين وأبى البيع . وإجباره بأن يحبسه القاضي أياماً ليبيع ، فإن أبى بعد الحبس باعه القاضي ؛ لأن بيع الرهن في هذه الحال صار حقاً للمرتهن .

أما إذا كانت وكالة العدل بالبيع بعد عقد الرهن ، فللعدل أن يعزل نفسه ؛ لأنها تعد وكالة مستقلة مبتدأة ، فتطبق عليها أحكام الوكالة . وقال أبو يوسف : ليس له أن يعزل نفسه .

وقال الشافعية والحنابلة : للعدل في جميع الأحوال أن يعزل نفسه ؛ لأنه وكيل منفصل ، فلا يجبر على المضي في الوكالة .

المطلب السادس ـ ما يترتب على شروط الرهن أو ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز :

بالإضافة لما ذكرناه سابقاً من الأمور المترتبة على شروط الرهن ، ولاسيا شرط القبض ، هناك حالات تتطلب مزيد بيان وتفصيل ، أهمها ما يأتي :

١ً ـ رهن المشاع :

اختلف الفقهاء في رهن جزء مشاع كنصف وثلث وربع ، فمنعه الحنفية ، وأجازه الجمهور . وسبب الخلاف : هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن[1] ؟

أما مذهب الحنفية[2] : فهو أنه لا يجوز رهن المشاع ، سواء أكان يحتمل القسمة أم لا ، من شريكه أو غيره . والصحيح أن الرهن حينئذ فاسد ، يضمن بالقبض ؛ لأن القبض شرط تمام العقد ولزومه ، لا شرط جوازه أو انعقاده .

ودليلهم : أن الرهن يستوجب ثبوت يد الاستيفاء ، واستحقاق الحبس الدائم للمرهون ، والحبس الدائم لا يتصور في المشاع ، لما فيه من مهايأة في حيازته ، وكأن الراهن قد رهنه يوماً ، ويوماً لا ، فلم يصح سواء فيما يقبل القسمة أم مالا يقبلها ، ولو من الشريك ، لوجود المهايأة في الحيازة .

بل إن قبض أو حيازة الجزء الشائع وحده لا يتصور ، والجزء الآخر ليس بمرهون ، فلا يصح قبضه . والشيوع يمنع تحقق قبض الجزء الشائع ، سواء فيما يقبل القسمة ، ومالا يقبلها ، بخلاف الهبة حيث تصح فيما لا يحتمل القسمة للضرورة ؛ لأنها تفيد الملك ، والشيوع لا ينافيه ، فاكتفي بالقبض الممكن .

وهذا الحكم سواء أكان الشيوع مقارناً لعقد الرهن أم طارئاً عليه ، فإذا طرأ الشيوع على الرهن ، أفسده . وروي عن أبي يوسف : أن الشيوع الطارئ على العقد ، لا يفسده ؛ لأنه يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء ، كالهبة التي يطرأ عليها الشيوع بعد القبض ، فلا يفسدها .

ورد عليه : أن العلة في المنع كون الشيوع مانعاً من تحقق القبض ، وهذا يستوي

---

(١) بداية المجتهد : ٢٦٩/٢

(٢) البدائع : ١٣٨/٦ ، تكملة الفتح : ٢٠٣/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦٨/٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٤٨/٥ ، اللباب ٥٦/٢

فيه الابتداء والبقاء ، بخلاف الهبة ؛ لأن الملك لا يتنافى مع الشيوع .

وأما مذهب الجمهور غير الحنفية[1] : فهو أنه يصح رهن المشاع أو هبته أو التصدق به أو وقفه ، كرهن كله ، من الشريك وغيره ، محتملاً للقسمة أم لا ؛ لأن كل ما يصح بيعه يصح رهنه ، ولأن الغرض من الرهن استيفاء الدين من ثمن المرهون ببيعه عند تعذر الاستيفاء من غيره ، والمشاع قابل للبيع ، فأمكن الاستيفاء من ثمنه . والقاعدة عندهم : كل ما جاز بيعه جاز رهنه من مشاع وغيره .

وأما كيفية الحيازة ، فقال المالكية : يجب قبض جميع ما يملكه الراهن ، مارهنه ومالم يرهنه ، لئلا تجول يد الراهن فيما رهنه ، فيبطل الرهن . فإن كان الجزء غير المرهون غير مملوك للراهن ، اكتفي بحيازة الجزء المرهون . ولا يستأذن الراهن شريكه في رهن حصته ، إذ لا ضرر على الشريك ، وهذا قول ابن القاسم المشهور . نعم يندب الاستئذان لما فيه من جبر الخواطر . وقال أشهب : يجب استئذانه .

ويرى الشافعية والحنابلة : أن قبض المشاع في العقار يكون بالتخلية ، وإن لم يأذن الشريك ، وفي المنقول يكون بالتناول ، ويشترط فيه إذن الشريك ، ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك . فإن أبى ورضي المرتهن بكونه في يد الشريك ، جاز وناب عنه في القبض . وإن تنازع الشريك والمرتهن عين الحاكم عدلاً يكون في يده ، إما أمانة أو بأجرة . وتجري المهايأة بين المرتهن والشريك كجريانها بين الشريكين .

٢ ـ رهن المتصل بغيره والمشغول :

الخلاف في هذا كالخلاف في رهن المشاع ، على رأيين :

فقال الحنفية[2] : لا يصح رهن شيء متصل بغير المرهون كالثمر على الشجر بدون

---

(١) الشرح الكبير : ٣/٢٣٥ ، بداية المجتهد : ٢/٢٦٩ ، القوانين الفقهية : ص٣٢٣ ، المهذب : ١/٣٠٨ ، مغني المحتاج : ٢/١٢٢ وما بعدها ، المغني : ٤/٣٣٧ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣/٣١٢ .

(٢) البدائع : ٦/١٣٨ ، ١٤٠ . تكملة فتح القدير : ٨/٢٠٥ ، الدر المختار : ٥/٣٥٠ ، تبيين الحقائق : ٦/٦٩ .

الشجر، والزرع في الأرض بدونها، والشجر في الأرض بدونها، والأرض بدون ما عليها من زرع أو شجر؛ لأن المرهون متصل بغيره، فيتعذر الحبس بدونه، فهو كرهن المشاع.

ولا يصح رهن المشغول بغير المرهون، كرهن دار فيها متاع الراهن دونه؛ لأن المرهون مشغول بغيره، ولا يمكن حبسه، فهو في معنى رهن المشاع.

وأما الجمهور الذين جوزوا رهن المشاع، فجوزوا رهن المتصل والمشغول، لإمكان تسليمه مع ما هو متصل به. وأما المتاع الموضوع في الدار، فلا يدخل في الرهن إلا بالنص عليه؛ لأنه ليس بتابع للدار.

ويدخل في رهن الأرض أو الدار عند الحنابلة ما يدخل في البيع، فإذا رهن أرضاً، كان في دخول الشجر وجهان. وإذا رهن شجراً مثمراً، لم تدخل الثمرة الظاهرة، كما لا تدخل في البيع، وإن لم تكن ظاهرة دخلت.

وذهب الشافعية إلى عدم دخول الثمرة مطلقاً ـ ظهرت أو لم تظهر، في الرهن بحال.

ولو رهن داراً فخلى بينه وبينها، وعاقدا الرهن فيها، ثم خرج الراهن، صح الرهن عند الشافعية والحنابلة. وقال الحنفية: لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها[١]

٣ ـ رهن الدين:

أجاز المالكية دون غيرهم رهن الدين.

فقال الحنفية[٢]: لا يجوز رهن الدين؛ لأنه ليس مالاً لأن المال عندهم لا يكون

---

(١) المغني: ٣٣٣/٤، ٣٤٠، مغني المحتاج: ١٢٣/٢.

(٢) البدائع: ١٣٥/٦، تبيين الحقائق: ٦٩/٦.

إلا عيناً ، ولا يتصور فيه القبض ، والقبض لا يكون إلا للعين . فلو كان خالد دائناً لعمر بمئة دينار ، وعمر دائن لخالد بمئة مد حنطة ، لم يجز لعمر أن يجعل دينه من الحنطة رهناً عند خالد بدينه الذي يستحقه قبل عمر ، فهذا رهن الدين عند المدين ، حيث جعل الدين الذي للدائن رهناً في الدين الذي عليه .

وكذلك قال الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم[1] : شرط المرهون كونه عيناً يصح بيعها ، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه ، أو من هو عنده ؛ لأنه غير مقدور على تسليمه .

لكن امتناع رهن الدين عند الشافعية هو في حالة جعل الدين رهناً ابتداء ، أما في حالة البقاء فلا مانع من الرهن كضمان المرهون عند الجناية عليه ، فبدله في ذمة الجاني يكون رهناً بالدين على الأرجح ؛ لأن الدين قد يصير رهناً ضرورة في البقاء ، حتى امتنع على الراهن أن يبرئه منه بلا رضاء المرتهن .

لكن أقول : لا حاجة أن يعد ما في الذمة من ضمان رهناً بالدين ، وإنما هو في الواقع دين تعلق به حق المرتهن ، كتعلق حق الدائن بما يكون للمدين المتوفى من ديون عند الغير .

وأما المالكية[2] : فقالوا : يجوز رهن كل ما يباع ، ومنه الدين ، لجواز بيعه عندهم ، فيجوز رهنه من المدين ومن غيره . وقد ذكرنا صورة رهنه من المدين . أما صورة رهنه من غير المدين : أن يكون لخالد دين عند عمر ، ولعمر دين على أحمد ، فيرهن عمر دينه الثابت له في ذمة أحمد لدى خالد بدينه الثابت له في ذمته (أي ذمة عمر) . والطريقة هي أن يدفع له وثيقة الدين الذي له على أحمد ، حتى يوفيه دينه .

---

(١) مغني المحتاج : ١٢٢/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٧/٣ . المغني : ٣٤٧/٤ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٩/١ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص٣٢٣ . الشرح الكبير مع الدسوقي ٢٣١/٣ ، ٢٣٧ ، الشرح الصغير : ٣١٠/٣ وما بعدها .

ويشترط لصحة هذه الصورة الأخيرة قبض الوثيقة ، والإشهاد على حيازتها ، أما في الصورة الأولى فيشترط لصحتها ، سواء أكان الدينان من قرض أم مبايعة ، أن يكون أجل الدين المرهون هو أجل الدين المرهون به ، أو أبعد منه ، بأن يحل الدينان في وقت واحد ، أو يحل دين الرهن بعد حلول الدين المرهون به .

أما إذا كان أجل حلول الدين المرهون أقرب ، أو كان الدين المرهون حالاً ، فرهنه لا يصح ؛ لأنه يؤدي إلى إقراض نظير إقراض ، إن كان الدينان من قرض . وإلى اجتماع بيع وسلف إن كانا من بيع ؛ لأن بقاء الدين المرهون بعد أجله عند المدين به يعد سلفاً في نظير سلف الدين المرهون به . وإذا كان الدينان من بيع ، فبقاء الدين المرهون يعد سلفاً مصاحباً للبيع ، وهو ممنوع عند المالكية .

٤ ـ رهن العين المستأجرة أو المعارة :

يجوز عند أئمة المذاهب رهن المدين مالاً له ، ولو كان مأجوراً أو مستعاراً[(١)] ، على النحو التالي[(٢)] :

قال الحنفية : يجوز رهن المستعار والمستأجَر عند المستعير أو المستأجر ، وينوب قبض العارية وقبض الإجارة مناب قبض الرهن[(٣)] . إلا أنهم قرروا : إذا اتفق المتراهنان على الرهن ، تبطل الإجارة والعارية ، فلا يبقى في يد المرتهن مستأجراً ولا مستعاراً ، ويصح الرهن ، إذ لا يجتمع على عين واحدة ، في وقت واحد إجارة ورهن .

---

(١) البدائع : ١٤٦/٦ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، الشرح الكبير : ٢٣٦/٣ ، المهذب : ٣٠٦/١ ، المغني : ٣٣٤/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٨/٢ ، حاشية الباجوري : ١٢٧/٢ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه : ٨٨/٦ .

(٢) يلاحظ أن رهن الدين ورهن العين المستأجرة أو المعارة يمثلان مبدأ رهن الحقوق .

(٣) يلاحظ أن قول الكاساني في البدائع : « إن قبض الرهن دون قبض الإجارة » محل نظر ، إذ القبضان قبض أمانة .

وإذا طرأت الإجارة على الرهن ، بطل الرهن وصحت الإجارة ؛ لأن الرهن عقد غير لازم ، والإجارة عقد لازم .

وعبارة المالكية تتضمن جواز رهن العين المستأجرة ، فإن رهنها مؤجرها عند مستأجرها بدين له عليه ، ناب القبض السابق لها بعقد الإجارة عن قبض الرهن . وإن رهنها عند غير مستأجرها بدين له عليه ، جاز إذا عين الدائن المرتهن أميناً ليلازم مستأجرها يكون قبضه وحيازته بدلاً عن قبض المرتهن وحيازته ؛ لأن قبض المستأجر إنما كان لنفسه ، فلا يقوم قبضه مقام قبض المرتهن .

ويلاحظ أن الأرض في يد المزارع ، والبستان في يد المساقي يجوز رهنهما كالعين المستأجرة .

وأجاز الحنابلة أيضاً رهن المأجور أو المعار أو الوديعة أو المغصوب ، وينوب القبض السابق مناب قبض الرهن ، ولا حاجة لتجديد القبض ، كما بينا سابقاً .

والشافعية أيضاً أجازوا رهن العين المستأجرة والمستعارة والوديعة ، بشرط مضي زمان يتأتى فيه القبض . فإن رهنها لدى المستأجر والمستعير ، بقي الرهن لبقاء يد المرتهن ، وعدم المنافاة بين كونه مستأجراً ، وكونه مرتهناً . وإن رهنها عند غير المستأجر أو المستعير ، صح إذا رضي به المرتهن عدلاً ، فتبقى في يد المستأجر والمستعير على اعتبار أنه أمين عن كل من عاقدي الرهن ، ويظل الرهن أيضاً .

وإن لم يرض المرتهن بالمستأجر أو بالمستعير عدلاً ، ينظر : فإن كان الرهن بإذن المستأجر بطلت الإجارة ، وإن كان بغير إذنه بطل الرهن ، وأما العارية فهي عقد غير لازم ، فإذا رهن المستعار ، فسخت العارية .

٥ ـ رهن المستعار :

يلاحظ أنه في الحالة السابقة : الراهن هو المالك للعارية ، فيرهن ملك نفسه ،

أما في هذه الحالة : فالراهن غير مالك للعارية وإنما يرهن مستعاراً مملوكاً لغيره .

وقد اتفق الفقهاء كما بينا سابقاً على أنه يجوز للإنسان أن يستعير مال غيره ، ليرهنه بإذن مالكه ، في دين عليه[1] ؛ لأن مالكه متبرع حينئذ بإثبات اليد أو الحيازة عليه ، والمالك حر التصرف بملكه ، فله إثبات ملك العين واليد معاً عن طريق الهبة مثلاً ، كما له إثبات اليد فقط بالإعارة للرهن .

وفي حالة الإذن من المالك بالرهن ، قال الحنفية[2] : للمستعير عند إطلاق المعير وعدم تقييده بشيء أن يرهن العارية عند من يشاء ، وبأي دين أراد ، وفي أي بلد أحب . وهو رأي الشافعية أيضاً .

أما إذا قيده بقيود فإنه يتقيد بها ، فإن قيده بقدر ، لم يرهن بأكثر منه ، ولا بأقل إذا كان ما رهنه به أقل من قيمة الرهن ؛ لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن ، ولأن المرهون مضمون ، والمالك جعله مضموناً بقدر ما حدد ، وقد يكون له غرض بالقيد . أما إذا كان المستعار مساوياً لقيمة الرهن أو كانت هي أكثر ، فلا يعد مخالفاً الإذن ؛ لأنه خلاف إلى خير ؛ لأن المالك حين يريد فكاك الرهن لا يكلف إلا بقدر الدين ، ولا يناله ضرر بسبب الرهن عند الهلاك ؛ لأن الضائع عليه أقل من قيمة الرهن .

وإذا قيده بجنس من الدين لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر ؛ لأن قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض .

وإذا قيده بدائن أو بلد ، لم يجز له أن يخالف القيد .

فإن خالف في شيء من هذه القيود ، فهو ضامن لقيمته ، إذا هلك ؛ لأنه بهذه

(١) المغني : ٣٤٤/٤ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٩/٣ .

(٢) البدائع : ١٣٦/٦ ، تبيين الحقائق : ٨٨/٦ ، الدر المختار : ٣٦٥/٥ .

المخالفة يصير غاصباً ، وكان الرهن باطلاً ؛ لأنه وقع على مال مغصوب .

وإذ هلك المال المستعار عند المرتهن ، كان مالكه بالخيار : إن شاء ضمن المستعير قيمته لاعتباره غاصباً بسبب مخالفته ، وبأدائه الضمان يتملكه المستعير من وقت قبضه من المعير ، وإن شاء ضمن المرتهن لهلاك المال في يده ، فصار كغاصب الغاصب ، وإذا ضمن المرتهن رجع بما ضمن على الراهن . والخلاصة : أنه بالمخالفة يبطل الرهن ويضمن المستعير .

وكذلك قال المالكية[1] : إن خالف المستعير قيود المعير ، فهلكت العارية أو سرقت أو نقصت ، ضمن المستعير مطلقاً لتعديه . ولو لم تتلف العارية فللمعير ردها وتبطل الإعارة .

ويتقيد المستعير عند الشافعية والحنابلة[2] بقيود المعير ، إلا أنهم قالوا : إذا قيده بمقدار من الدين ، فرهنه بأقل منه ، لم يكن مخالفاً ؛ لأن الإذن بما زاد يعتبر إذناً بما نقص عنه ، وليس في النقص ضرر ؛ لأن الرهن عندهم أمانة في يد المرتهن .

انتفاع المستعير بالعارية : إن مستعير العارية لرهنها يعتبر عند الحنفية وديعاً قبل الرهن ، لامستعيراً ؛ لأنه غير مأذون له إلا بالرهن ، فليس له أن ينتفع بالعارية ، لا قبل رهنها ، ولا بعد فكاكها ، فإن فعل ضمن ، لأنه لم يؤذن له إلا بانتفاع على وجه خاص وهو رهنها .

فإذا انتفع بغير الرهن ، كان مخالفاً ، فيضمن ، وإذا انتفع بها قبل رهنها ، ثم رهنها ، برئ من الضمان ، حيث رهن ؛ لأنه بالرهن عاد إلى وفاق المعير ، فيبرأ بسبب الوفاق من الضمان ، وبما أنه كالوديع ، فالوديع إذا عاد إلى الوفاق بعد خلاف في الوديعة لا يضمن لأن القصد من الوديعة وهو الحفظ للمالك قد تحقق . وهذا بخلاف

---

(١) الشرح الكبير : ٣/٢٣٩ .

(٢) مغني المحتاج : ٢/١٢٩ ، المغني : ٤/٣٤٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣/٣٠٩ ، نهاية المحتاج : ٣/٢٦٩ .

المستعير، إذا خالف، ثم عاد إلى الوفاق، فإنه لا يبرأ من الضمان لثبوت التعدي، كما بينا وجه الفرق في بحث العارية.

نوع ضمان هلاك العارية: إذا قبض المستعير العارية لرهنها، فهلكت في يده قبل رهنها أو هلكت في يده بعد فكاكها، لم يضمنها؛ لأنها هلكت وهي مقبوضة قبض العارية، لا قبض الرهن، وقبض العارية قبض أمانة، لا قبض ضمان عند الحنفية. وذلك بخلاف المالكية والشافعية، والحنابلة في أظهر القولين عندهم، فإن العارية مضمونة مطلقاً عند الحنابلة، وفي بعض الحالات عند المالكية والشافعية، كما بينا في بحث الإعارة.

وإذا هلكت العارية عند المرتهن، فليس لمالكها عند الحنفية إلا ما كان مضموناً منها، وهو الأقل من قيمتها ومن الدين. وإذا كان الدين هو الأقل، فلا يرجع المالك على المستعير بالزيادة؛ لأن العارية أمانة، وهي لا تضمن إلا بالتعدي.

وقال المالكية: يرجع المالك على المستعير بقيمة العارية يوم استعارها. وقال الشافعية، والحنابلة في أظهر القولين: إذا تلفت العارية لدى المرتهن من غير تعد، ضمن المستعير (الراهن) قيمتها يوم تلفها، إذ العارية مضمونة مطلقاً عند الحنابلة، ومضمونة أحياناً عند الشافعية والمالكية.

طلب المعير فكاك العارية من الرهن: إذا رهن المستعير العارية، كان لمالكها أن يطلب من الراهن فكاكها في أي وقت شاء عند الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة)؛ لأن العارية عندهم عقد غير لازم، وللمستعير أن يستردها متى شاء، ولو كانت مقيدة بوقت. فإن افتكها الراهن ردها إلى مالكها وإن عجز عن فكاكها، كان لمالكها أن يفتكها، تخليصاً لحقه، ويرجع بجميع ما أداه للمرتهن على المستعير.

وقال المالكية: الراجح أن للمعير الرجوع في الإعارة لمطلقها متى أحب، وليس

لـه الرجـوع في العـاريـة المقيـدة بـالشرط أو العرف ، أو العـادة ، كما حققنـا في بحث العارية .

الاستئجار للرهن : إذا جاز استعارة عين لترهن ، جاز كـذلـك استئجـارهـا لترهن[1] . وإذا هلكت بلا تعد ، فلا ضمان ؛ لأن المستـأجر أمـانـة غير مضمونـة في يـد المستأجر اتفاقاً ، وليس للمؤجر فكها قبل انتهاء مدة الإجارة .

٦ ـ رهن ملك الغير :

يجوز للإنسان كما بينا سابقاً أن يرهن ملك الغير بـإذنـه كالمستعـار والمستـأجر ، وليس لأحد رهن ملك غيره إلا بولاية عليه ، فـإذا لم يكن لـه ولايـة في الرهن ، وسلم المرهون إلى المرتهن ، كان بهـذا التسليم متعـديـاً وغـاصبـاً ، وكان الرهن عنـد الحنفيـة موقوفاً على الإجازة ، فإن لم يجزه مـالـك المرهون بطل الرهن ، وكانت العين في ضمان الراهن بسبب غصبه . هذا بالنسبة للراهن .

أما بالنسبة للمرتهن :

فقال الحنفية[2] : إذا هلك الرهن عند المرتهن ، ثم تبين أنـه مستحق لغير الراهن ، أي لم يكن المرتهن عالماً بأنه ملك لغير الراهن ، فإن المـالـك المستحق بـالخيـار بين أن يضمن الراهن قيمته ، أو يضمن المرتهن ؛ لأن كل واحد منهما متعدٍ في حقه ، أمـا الراهن فباستيلائه عليه بغير حق وتسليمه للمرتهن ، وأما المرتهن فبقبضه وتسلمه .

فـإن ضمن المستحـق (المـالـكُ) الراهنَ ، صـار المرتهن بسبب الضمان مستـوفيـاً لدينه ، بقدر قيمة الرهن ، لهلاك الرهن في يده ؛ لأن الراهن قـد ملكـه إذا أدى ضمانـه ملكاً مستنداً إلى وقت استيلائه عليـه بغير حق ، قبل عقـد الرهن ، فيصبح راهنـاً مـا

(١) الشرح الكبير : ٢٣٦/٣ .

(٢) تبيين الحقائق : ٨٣/٦ وما بعدها ، البدائع : ١٤٧/٦ .

يملك ، ثم يصير المرتهن مستوفياً لدينه بالهلاك عنده إذا كانت قيمته مساوية لدينه ، أو أكثر ، وإلا فبقدر قيمته .

وإن ضمن المستحق المرتهنَ ابتداء (مباشرة) ، رجع المرتهن على الراهن بما ضمن ،كما يرجع بدينه . أما رجوعه بما ضمن من مثل أو قيمة فلأنه تسلم الرهن مغروراً من جهة الراهن ، والمغرور يرجع بما ضمن ، وأما رجوعه بالدين ، فلأن استيفاءه لدينه ، قد انتقض بظهور أنه قد تسلم عيناً مملوكة لغير راهنها ، فبطل الرهن ، وعاد حقه كما كان .

وقال الحنابلة[1] : إما أن يكون المرتهن عالماً بالغصب ، وإما أن يكون غير عالم به . فإن كان عالماً به ، وأمسك الشيء حتى تلف في يده ، استقر عليه الضمان .

وكان المالك حينئذ بالخيار : إن شاء ضمن المرتهن ، وغرم القيمة من ماله ، وإن شاء ضمن الراهن . وعندئذ يرجع الراهن بما ضمن على المرتهن ، لاستقرار الضمان عليه ، إذ كان عليه أن يرد الشيء إلى مالكه ، ولم يفعل حتى تلف في يده .

وإن أمسك المرتهن الشيء غير عالم بغصبه حتى تلف في يده بتفريطه ، فالحكم كما تقدم . وإن تلف بغير تفريط منه ولا تقصير فثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يضمن ، ويستقر عليه الضمان ؛ لأنه متعد بإمساك مال غيره ، وتلف المال تحت يده ، فيضمن كما لو علم بالغصب . ويلاحظ أنه في الحقيقة غير متعدي ؛ لأنه أمسك المال بإذن الراهن ولا علم له بالغصب .

ثانيها : أنه لا ضمان عليه ؛ لأن المرتهن قبضه على أنه أمانة من غير علمه بالغصب ، فيكون الضمان على الراهن .

---

(١) المغني : ٣٩٧/٤ وما بعدها .

ثـالثهـا : أن للمـالـك الخيـار في تضمين أيهما شـاء ، ولكن الضمان يستقر على الراهن . وهذا في تقديري أولى الآراء .

ومثل هذا في الحكم مـا لو حكم بـاستحقـاق الرهن لغير راهنـه ، مع ملاحظـة أن الرهن لا يهلك بالدين ، وإنما هو أمانة عند الحنابلة والشافعية .

٧ـ رهن العين المرهونة (تعدد الرهن) :

الرهن إما أن يقع على بعض الشيء أو على كله ، وفي الحالتين يتعدد الرهن .

أ ـ فـإن وقـع الرهن على بعض الشيء ، ثم رهن البعض الآخر ، طبقت أحكام رهن المشاع .

فعند الجمهور (مالكية وشافعية وحنابلة) القائلين بجواز رهن المشـاع : إذا رهن جزء من عين على الشيوع بدين ، جاز رهن الجزء الباقي منها شائعاً بذلك الـدين ، أو بـدين آخر ، لنفس الـدائن المرتهن الأول أو لغيره . لكن إذا كان الرهن لشخص آخر غير المرتهن الأول ، لزم رضا الثاني بيد المرتهن الأول[١] ، أو أن يحدث اتفاق جديـد بين الثلاثة (الراهن والمرتهن الأول والثاني) على وضع الرهن تحت يدل عدل .

وأما عند الحنفية الذين لا يجيزون رهن المشـاع أصلاً ، فلا يتصور عنـدهم هـذه الحالة ، إلا إذا أفرزت العين أو قسمت ، وسلمت غير مشغولة بغيرها .

ب ـ وأما إن رهن الشيء كله بدين ، وأريـد رهنـه بـدين آخر ، فلا يجوز الرهن الثاني عند الحنفية والشافعية والحنابلـة[٢] ؛ لأن فيـه مسـاسـاً بحق المرتهن الـدائن ، إذ مالية المرهون له ، فلا يكون لغيره أن يتعلق حقه به .

لكن إذا أجاز المرتهن الأول الرهن الثاني نفـذ ، وبطل ارتهـانـه للشيء ، ويبطل

(١) الشرح الصغير : ٣٠٨/٣ .

(٢) البدائع : ١٤٧/٦ ، نهاية المحتاج : ٢٦٧/٣ ، ٣٠٥ ، مغني المحتاج : ١٢٧/٢ ، المغني : ٣٤٧/٤ وما بعدها .

ارتهانه أيضاً ، إذا رهن الشيء وهو بدين عليه ، بإذن مالكه ، ويصير رهناً بدينه ، ويكون حكمه حكم رهن الشيء المستعار للرهن .

أما إن رهنه المرتهن الأول بدون إذن مالكه الراهن ، كان رهنه غير صحيح ، وكان للمالك إعادة الشيء إلى يد المرتهن الأول كما كان .

فلو هلك الشيء في يد المرتهن الثاني قبل إعادته للأول ، فمالكه بالخيار عند الحنفية : إن شاء ضمن المرتهن الأول ، وإن شاء ضمن المرتهن الثاني ، كما هو الحكم في رهن ملك الغير . فإن ضمن الأول ، جاز رهنه ؛ لأن بدل المرهون يصير مرهوناً . وإن ضمن المرتهن الثاني ، بطل رهن الأول ، وكان الضمان رهناً لدى المرتهن الأول ، ويرجع الثاني على الأول بما ضمن ، لأنه غرره .

وقال المالكية[1] : يجوز رهن العين المرهونة إذا كانت قيمتها تزيد على قيمة الدين ، فيكون الرهن الجديد لتلك الزيادة ، ويكون الدين الثاني المتعلق بالمرهون في المنزلة الثانية ، فإذا بيعت العين في الدين يوفى الدين الأول ، والباقي يوفى به الدين الثاني . وبه يرى أن حق الدائن الأول لم يمس ، فلا يتوقف نفاذ الرهن الثاني على إجازته .

وإذا كانت العين في يد عدل ، والرهن الجديد للمرتهن الأول أو لأجنبي غيره ، لم يتم الرهن الثاني إلا برضا العدل بحوزه على الوضع الجديد .

وإذا كان الرهن الثاني لأجنبي ، فهل يشترط رضا المرتهن الأول ؟ عند المالكية أقوال ثلاثة : قيل : لا يشترط رضاه ، وقيل : لا بد من رضاه ، وقيل : لا يجوز وإن رضي . وإذا كانت العين بيد عدل ، ففيه القولان : الأول والثاني .

وإذا كان الرهن الثاني لأجنبي ، وكان الدينان بأجل واحد فلا إشكال . فإن

---

(١) الشرح الكبير : ٣/٢٣٨ . وهذا الرأي بجواز الرهن على الرهن يتفق مع القانون المدني .

اختلف الأجلان ، وحل أجل الدين الثاني أولاً ، قسم الرهن بين الدينين إن أمكنت قسمته بلا ضرر ، كنقص قيمته ، ويدفع للمرتهن الأول قدر ما يفي بدينه ، والباقي للثاني .

وإن لم تمكن قسمته ، بيع المرهون ، وقضي الدينان ، على أن يكون للدين الأول الأسبقية في الوفاء ، والباقي للثاني .

وهذا كله إن كان في الرهن فضل يفي بالثاني ، وإن لم يوجد ، لا يباع الرهن إلا بعد أن يحل الدين الأول .

أما إن حل أجل الدين الأول أولاً ، فإن الرهن يباع ، ويقضى الدينان من ثمنه على الوضع السابق ، إن لم تمكن قسمته بين الدينين من غير ضرر .

ولا يضمن المرتهن الأول الجزء الفاضل للثاني إن هلك الرهن بيده ، وكان مما يغاب عليه (يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي) إلا بالتعدي ؛ لأنه أمين في الجزء الفاضل .

٨ـ رهن الوارث جزءاً من التركة المدينة :

قد يكون هناك حق لغير الراهن في المرهون يمنع الرهن كرهن المرهون ورهن التركة المدينة ، كما أن رهن ملك الغير يكون موقوفاً على إجازة المالك .

فإذا رهن الوارث بعض أعيان التركة التي يتعلق بها دين على الميت ، فقال الحنفية : يكون الرهن موقوفاً على تخليص أو تطهير التركة من الدين ، لكي تخلص العين المرهونة لمرتهنها ، ولأن الدين يمنع تملك الورثة للتركة ، على خلاف بين الحنفية في الدين الذي لا يحيط بها .

وكذلك قال المالكية : إن رهن الوارث في هذه الحال صحيح ، ولكن نفاذه

موقوف على سداد الدين ، فإذا لم يسدد ، نقض هذا التصرف ؛ لأن الدين يمنع من تملك الورثة عندهم .

وقال الحنابلة[1] في أصح الوجهين عندهم : لو رهن الوارث تركة الميت ، أو باعها ، وعلى الميت دين ، ولو من زكاة ، صح الرهن أو البيع ، لانتقال التركة اليه بموت مورثه ، فتصرفه صادف ملكه ، ولم يرتب عليه من قبله أو باختياره حقاً لغيره ، فلم يكن مثل رهن المرهون الذي رهنه من قبل الذي تعلق به حق الغير باختياره ، وإنما في التركة لم يتعلق دين المتوفى بالمال باختيار الوارث ، بل بحكم الشرع . وهكذا الحكم في كل حق ثبت وتعلق بالمال من غير إثباته وفعله كالزكاة والجناية ، فلا يمنع ذلك من رهن ما تعلق به الحق .

فيصح الرهن ، وتكون أعيان التركة محملة بالدين . فإن تم الرهن ، ثم وفى الوارث الحق الذي تعلق بالتركة : وهو الدين الذي على المتوفى ، من مال آخر ، فالرهن على حاله ، وإن لم يقض الحق ، فلغرماء التركة انتزاع ما رهن منها ؛ لأن حقهم أسبق .

وهذا مثل ما لو تصرف الوارث في التركة ، ثم رد عليه مبيع باعه المورث بعيب ظهر فيه ، أو تعلق بالتركة حق بعد وفاة المورث بسبب سابق ، كأن وقعت بهيمة بعد موته في بئر حفره في غير ملكه ، فتصرف الوارث في هذه الأحوال صحيح غير لازم ، فإن وفى الوارث الحق من ماله مثلاً ، وإلا فسخ تصرفه .

ويراعى حينئذ أن يكون الوارث مختصاً بالعين التي رهنها ، حتى لا يكون رهنه لما يملك غيره من الورثة .

وقال الشافعية[2] : يبطل رهن الوارث بعض أعيان التركة ؛ لأن التصرف

---

(١) المغني : ٣٥٠/٤ ، كشاف القناع : ٣١٦/٣ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ١٤٤/٣ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٣٠٤/٣ وما بعدها .

عندهم ، إما صحيح نافذ وإما باطل ، وتصرف الفضولي عندهم كالحنابلة غير صحيح ، وقد منع من صحة هذا الرهن ونفاذه تعلق الدين بالتركة ، وتعلق الدين وإن كان لا يمنع تملك الورثة ، لكن تعتبر التركة مرهونة بالدين رهناً شرعياً ، لا نتيجة لعقد رهن .

والأظهر عندهم ألا فرق بين أن يكون الدين محيطاً بالتركة (مستغرقاً) ، أو غير محيط (غير مستغرق) بها . ولهذا يمنعون الوارث من أن يتصرف في التركة مع تعلق حق الدين بها ، كما يمنعون الراهن من أن يتصرف في العين المرهونة مع قيام الدين الذي رهنت العين به .

٩ ـ رهن ما يتسارع إليه الفساد :

يصح رهن ما يسرع إليه الفساد بالدين الحال والمؤجل عند الحنابلة وغيرهم[١] ، سواء أكان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف كالعنب والرطب ، أم لا يمكن كالبطيخ والطبيخ . فإن كان قابلاً للتجفيف ، فعلى الراهن تجفيفه ؛ لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته . وإن كان مما لا يجفف ، فإنه يباع ويقضى الدين من ثمنه ، إن كان حالاً ، أو يحل قبل فساده ، وإن كان لا يحل قبل فساده ، جعل ثمنه مكانه رهناً ، سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق ؛ لأن العرف يقتضي ذلك ، لحرص المالك على ملكه ، فإذا تعين حفظ ملكه ببيعه ، حمل عليه مطلق العقد ، كتجفيف ما يجف والإنفاق على الحيوان .

وقال الشافعية[٢] : إن رهنه بدين مؤجل لا يحل قبل فساد المرهون ، ينظر فيه : فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد ، جاز رهنه . وإن أطلق فلم يشترط ، ففيه قولان : الصحيح أنه لا يصح رهنه ؛ لأنه لا يمكن بيعه بالدين قبل

---

(١) المغني : ٣٤١/٤ ، المهذب : ٣٠٨/١ ، البدائع : ١٤٨/٦ .

(٢) المهذب : ٣٠٨/١ ، مغني المحتاج : ١٢٣/٢ وما بعدها .

حلول أجل الحق ، كما لا يصح إن شرط منع بيعه . وإن لم يعلم ، هل يفسد المرهون قبل حلول الأجل ، صح الرهن المطلق في الأظهر ؛ لأن الأصل عدم فساده قبل الحلول .

١٠ ـ رهن العصير :

يجوز رهن العصير ؛ لأنه يجوز بيعه ، وتعرضه للخروج عن المالية بالتخمر لا يمنع صحة رهنه . فإن صار خلاً ، فالرهن بحاله . وإن صار خمراً بعد القبض وجبت إراقته ، وزال لزوم العقد ، فإن أريق بطل العقد فيه ، ولا خيار للمرتهن ؛ لأن التلف حصل في يده .

وإن استحال خمراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن عند الحنابلة ، وقال الحنفية والمالكية ، وفي الأصح عند الشافعية : لم يبطل الرهن ، وهو بحاله ؛ لأنه يغتفر في الدوام والبقاء ما لا يغتفر في الابتداء ، ولأنه كانت له قيمة حالة كونه عصيراً ، ويجوز أن يصير له قيمة[1] . قال ابن قدامة : وهذا أقرب إلى الصحة ؛ لأنه يعود رهناً باستحالته خلاً .

١١ ـ رهن المصحف :

يصح عند الحنفية والمالكية وفي الأصح عند الشافعية[2] : رهن المصحف وكتب الحديث والتفسير والآثار ، ولا يقرأ فيها المرتهن ؛ لأن عقد الرهن يفيد حق الحبس ، لا حق الانتفاع ، فإن انتفع به ، فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته ، لأنه صار غاصباً .

---

(١) المغني : ٣٤٢/٤ ، مغني المحتاج : ١٢٩/٢ ، كشاف القناع : ٣١٦/٣ .

(٢) البدائع : ١٤٦/٦ ، بداية المجتهد : ٢٦٩/١ ، المهذب : ٣٠٩/١ ، حاشية الباجوري : ١٢٦/٢ .

والأصح عند الحنابلة[1] : أنه لا يصح رهن المصحف ؛ لأنه لا يصح بيعه ، والمقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ، ولا يحصل ذلك إلا ببيعه ، وبيعه غير جائز . ولكن يصح رهن كتب الحديث والتفسير ، ولو لكافر إذا شرط أن تكون بيد مسلم عدل .

المبحث الثالث ـ أحكام الرهن أو آثاره :

الكلام عن أحكام الرهن يتناول قسمين : أولاً ـ أحكام الرهن الصحيح . وثانياً ـ أحكام الرهن الفاسد .

والرهن الصحيح : هو ما توافرت فيه شروط الرهن . **وغير الصحيح** : هو مالم تتوافر فيه شروط الرهن . وغير الصحيح عند الحنفية نوعان : باطل وفاسد .

فالباطل : هو ما كان الخلل فيه في أصل العقد ، بأن يفقد أهلية التعاقد عند العاقد كالمجنون والمعتوه ، أو يزول محل العقد مثل رهن غير مال أصلاً ، أو أن يكون المرهون به لا يستوفى بالمال كالقصاص والشفعة ، أو يفقد معناه كاشتراط ألا يباع المرهون في الدين ، أو ألا يكون للمرتهن فيه امتياز على سائر الغرماء .

والفاسد : ما لحق الخلل فيه وصف العقد ، كأن يكون المرهون مشغولاً بغيره ، أو أن يكون المرهون به مضموناً بغيره كالمبيع في يد البائع ، على رواية النوادر . وظاهر الرواية أنه يصح الرهن بالمبيع قبل القبض ، كما بينا في بحث الشروط .

وغير الصحيح عند غير الحنفية نوع واحد : باطل أو فاسد : وهو مالم تتوافر فيه شروط الرهن الصحيح التي يشترطونها ، على خلاف بينهم في بعضها .

أولاً ـ أحكام الرهن الصحيح :

فيه بيان حكم لزوم الرهن ، وعشرة مطالب في آثار الرهن :

---

(١) كشاف القناع : ٣١٤/٣ ، المغني : ٣٤٣/٤ .

حكم الرهن الصحيح أو حكم لزوم الرهن :

يلزم الرهن بالنسبة للراهن لا للمرتهن ، فلا يملك الراهن فسخه ؛ لأنه عقد وثيقة بالدين ، ويملك المرتهن فسخه في أي وقت ؛ لأن العقد لمصلحته[1] ، ولا تترتب آثاره عند جميع الفقهاء إلا بالقبض ، فلا يختص المرتهن بثمن العين المرهونة ، ولا يثبت له حق الامتياز على غيره من الدائنين إلا بالقبض .

ولا يتحقق لزوم الرهن عند الجمهور إلا بالقبض ، ويلزم عند المالكية بالإيجاب والقبول . وتفصيل المذاهب فيما يأتي :

قال الجمهور من الحنفية والشافعية ، والحنابلة في الأصح[2] : لا يلزم الرهن في جميع أحواله إلا بالقبض ، أما قبل القبض ، فللراهن إمضاء الرهن أو فسخه . ودليلهم ـ كما بينا سابقاً ـ قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ إذ المعنى فرهن رهان مقبوضة ، لأن المصدر المقترن بالفاء في جواب الشرط هو في معنى الأمر ، أي « فارهنوا » ، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون الوصف شرطاً فيه ، فما شرع بصفة لا يوجد شرعاً إلا بها ، فلا يلزم الرهن إلا بالقبض ، ولأن الرهن عقد تبرع ، لا يجبر الراهن على شيء فيه ، فوجب لنفاذه وإمضائه القبض ، إذ ليس للرهن قبل قبضه مظهر في الخارج إلا القبض ، كما هو الشأن في الهبة والصدقة ، فلا يوجد عقد الرهن شرعاً ، ويترتب عليه أثره إلا مع القبض ، ولا يلزم إلا بالقبض .

وقال المالكية[3] : يلزم الرهن بالإيجاب والقبول ، ويتم بالقبض . فإذا ما صدر الإيجاب والقبول ، لزم العقد ، ويجبر الراهن على تسليم الرهن إلى المرتهن ما لم يوجد أحد الموانع الأربعة التالية وهي :

---

(١) المهذب : ٣٠٥/١ ، ٣٠٧ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٣٤٠/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦٣/٦ ، المهذب : ٣٠٥/١ ، المغني : ٣٢٨/٤ وما بعدها .

(٣) بداية المجتهد : ٢٧٠/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٤٠/٣ وما بعدها .

موت الراهن بعد العقد وقبل التسليم ، مطالبة الغرماء بأداء الراهن ديونهم ، حالة التفليس العام (أي أن تكون الديون محيطة بمال الراهن) . مرض الراهن المخوف ، أو جنونه المتصلان بوفاته .

ودليلهم - كما سبق بيانه - على أن الرهن يلزم بالعقد : أن العقد والالتزام يتحققان بالإيجاب والقبول ، وقد قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ والرهن عقد ، والأمر للوجوب ، فكان الوفاء به واجباً ، من طريق لزومه بالنسبة للراهن ، لأنه هو الملتزم .

آثار عقد الرهن :

إذا تم عقد الرهن بتسليم العين المرهونة إلى المرتهن ، ترتب على تمامه وتسليمه الأحكام الآتية :

١ - تعلق الدين بالمرهون

٢ - حق حبس الرهن

٣ - حفظ الرهن

٤ - مؤنة الرهن

٥ - منع الراهن من التصرف بالرهن

٦ - عدم الانتفاع بالرهن

٧ - ضمان الرهن (ضمان ما قبل الدين من الرهن عند الحنفية)

٨ - بيع الرهن ، أو مطالبة المرتهن ببيع الرهن لسداد الدين

امتياز الدائن المرتهن عن سائر الغرماء

٩ - تسليم الرهن أو رده عند انتهاء الدين

المطلب الأول ـ تعلق الدين بالمرهون :

المبدأ العام في هذا هو عدم تجزئة الرهن ، فإذا رهنت عين بدين ، تعلق هذا الدين بجميع أجزاء العين المرهونة ، أو بجميع وحداتها ، كما أنها هي رهن بجميع أجزاء الدين . فإذا سقط جزء من الدين بإبراء أو وفاء مثلاً ، ظل باقيه متعلقاً بجميع العين المرهونة . وبه أخذ القانون المدني المصري والسوري .

والدين الذي تعلق بالرهن : هو الذي جعل المال رهناً به فقط ، ولا يتعلق غيره من الديون بالمرهون .

وعلى أساس هذا التعلق ، يثبت حق الحبس للمرتهن ، فله حبس جميع المرهون ، حتى يوفى كل الدين ، سواء أكان المال شيئاً أم عدة أشياء .

وهذا المبدأ أو الأصل السابق متفق عليه فقهاً ، لكن الفقهاء اختلفوا في تطبيقه في حالة تعدد العقد ، وعدم تعدده .

فقال الحنفية[1] : إن اتحاد العقد يقوم على اتحاد الصيغة ، فإذا اتحدت الصيغة اتحد العقد ، سواء أكان الرهن في دين واحد أم أكثر ، فلو وفى المدين أحد الديون لا يسترد ما يقابله من المرهون ، سواء اتحد المرهون أم تعدد . فلو وفى الراهن ما يقابل أحد الأعيان المرهونة لا يسترده ، حتى ولو سمي في عقد الرهن لكل عين مرهونة حصة من الدين ؛ لأن العقد واحد ، لا يتعدد بالتسمية .

وسواء تعدد الراهن (كأن يرهن مدينان شيئاً عند دائن) أو تعدد المرتهن (بأن كانا شريكين أو كان لكل واحد منهما دين مستقل على الراهن) .

فإذا اتحد العقد لا يتحرر شيء من الرهن ؛ لأن الرهن محبوس بجميع الديون ،

(١) البدائع : ١٥٣/٦ ، تبيين الحقائق : ٧٨/٦ .

أو بجميع الدين . وإذا تعدد العقد بتعدد الصيغة يتحرر من الرهن ما يقابله .

وقال المالكية[1] : يتعدد العقد بتعدد كل من الراهن والمرتهن ، أو بتعدد أحد الطرفين . ويكون عقد الرهن واحداً إذا كان كل من الراهن والمرتهن واحداً . فإذا اتحد عقد الرهن ، يكون جميع المرهون رهناً بما بقي من الدين بعد وفاء بعضه ؛ لأن كل جزء من المرهون رهن بكل جزء من الدين .

وإذا تعدد الرهن ، بأن كان الراهن اثنين ، والمرتهن واحداً ، فوفى أحد الراهنين ما عليه من دين ، استرد حصته . أو كان الراهن واحداً والمرتهن متعدداً ، فوفى الراهن حصة أحد الدائنين ، فإنه يسترد من الرهن ما قابلها .

ويلاحظ أن الراهن إذا كان واحداً ، والمرتهن متعدداً ، وكان المرهون مما لا ينقسم ، ووفى أحد الدائنين ، يجعل الرهن تحت يد أمين ، أو تبقى الحصة في يد المرتهن أمانة .

وقال الحنابلة[2] بمثل قول المالكية : يتعدد العقد بتعدد الموجب أو القابل ، فإذا كان الموجب اثنين والقابل واحداً ، نشأ عقدان . وإذا كان الموجب واحداً ، والقابل اثنين ، نشأ أيضاً عقدان . وإذا كان كل من الموجب والقابل اثنين ، نشأ أربعة عقود .

ويكون عقد الرهن واحداً إذا كان كل من الراهن والمرتهن واحداً ، سواء أكان الدين واحداً أم متعدداً . فإذا وفى المدين بعض الدين ، أو ديناً من الديون ، لم يكن له أن يسترد ما يقابله من الرهن .

وإذا تعدد الراهن ، فمن وفى دينه ، خرجت حصته من الرهن . وإذا تعدد

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥٨/٣ ، الدردير : ٢٥٧/٣ .

(٢) المغني : ٣٤٦/٤ ، ٤٠٢ .

المرتهن ، فوفى الراهن أحد الدائنين ، خرجت حصته من الرهن ، واستردها الراهن .

وإذا تعدد الراهن والمرتهن معاً ، وهذه أربعة عقود ، فيصير كل ربع من المرهون رهناً بربع الدين ، فإذا وفي ربع الدين أو أكثر ، انفك من الرهن ما يقابله قدراً ، قال القاضي أبو يعلى : وهذا هو الصحيح .

وقال الشافعية[1] : يتعدد الرهن ويتحد بتعدد الدين ووحدته . والغالب أن يتعدد الدين بتعدد العاقدين ، ولو اتحد وكيلها ، بخلاف البيع ، العبرة فيه بتعدد العاقد المباشر للعقد ، ولو وكيلاً ؛ لأن المال المرهون وثيقة بالدين ، فإذا تعدد الدين ، تعددت الوثيقة ، وتعدد الدائن أو المدين يستلزم تعدد الدين غالباً . أما البيع فهو عقد ضمان ، فكان النظر فيه لمن باشره .

فالمناط عندهم هو تعدد الدين وعدم تعدده ، ويتعدد الدين بتعدد المدين أو الدائن غالباً ، ويتحد بعدم تعددهما ، أو بكون الدين مشتركاً ولو كان الدائن اثنين ، وبهذه الحالة الأخيرة يفترق مذهب الشافعية عن مذهبي المالكية والحنابلة .

وبناء عليه : لو رهن شخص داراً عند دائنين ، ثم وفى دين أحدهما ، انفك من الرهن ما يقابل هذا الدين من المرهون ، لتعدد الدين بسبب تعدد الدائن ، بشرط أن يختص أحد الدائنين بما يقبضه ، فإن شاركه فيه الآخر ، لم ينفك شيء من الرهن ، لعدم وفاء الدين على التمام .

ولو استعار مالاً من اثنين ليرهنه ، ثم أدى نصف الدين ، انفك نصف المال المرهون .

والخلاصة : أن العبرة باتفاق الفقهاء في فكاك شيء من المرهون أو عدم فكاكه بتعدد عقد الرهن وعدم تعدده ، إلا أن مناط تعدده عند الحنفية : هو تعدد الصيغة ،

---

(١) مغني المحتاج : ١٤١/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٧/١ .

دون نظر لتعدد العاقدين أو عدم تعددهما . ومناطه عند المالكية والحنابلة : هو تعدد العاقد . وعند الشافعية : هو تعدد الدين وعدم تعدده ، ويتعدد الدين عندهم بتعدد المدين أو الدائن غالباً ، فيصبح مذهبهم قريباً من مذهبي المالكية والحنابلة .

المطلب الثاني ـ حق حبس الرهن :

حق الحبس : يترتب على تعلق الدين بالمرهون ؛ لأن التعلق شرع وسيلة لوفاء الدين من المرهون أو من غيره ، ولا يتم التعلق على وضع مأمون إلا بحبس ما يتعلق به الدين لدى المرتهن ، حتى يكون حبسه حاملاً للمدين على الوفاء ، مخافة بيع المال المحبوس جبراً عنه عند إبائه . فكان تعلق الدين بالرهن ، وحبس المرهون من عناصر التوثق .

وبناء عليه قال **الحنفية**[1] : يترتب على صحة الرهن ثبوت حق المرتهن في حبس العين المرهونة ، على وجه الدوام ، وعدم تمكين الراهن من استرداد المرهون قبل وفاء الدين ؛ لأن الرهن شرع للتوثق ، والتوثق لا يكون إلا بحبس ما يكون به الوفاء ، وهو المال المرهون .

وإثبات حق الحبس يكون عند الحنفية بإثبات يد استيفاء الدين للمرتهن على المرهون ؛ لأن معنى الاستيفاء : هو ملك عين المستوفى ، وملك اليد عليه معاً ، وبما أن ملك عين المرهون ممنوع شرعاً بالحديث الصحيح : « لا يغلق الرهن من صاحبه » ، بقي ملك اليد ، ويصير موجب عقد الرهن الذي شرع وثيقة للاستيفاء : وهو ثبوت ملك اليد فقط دون ملك العين ؛ لأنه مدلول لفظ الرهن لغة وهو الحبس ، والمعاني الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية .

---

(١) المبسوط : ٦٣/٢١ ، البدائع : ١٤٥/٦ ، تبيين الحقائق : ٦٤/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٩٤/٨ ـ ١٩٦ ، الدر المختار : ٣٤٥/٥ .

وبما أن المرهون عين لها مالية ، والوفاء إنما هو بماليتها ، كانت يد المرتهن هي بالنظر إلى ماليتها ، فتكون يد المرتهن يد استيفاء بالنسبة لماليتها ، فتقتصر على ما يقابل الدين من ماليتها ، والزائد عنه أمانة في يد المرتهن .

وقال الجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة) : إن موجب الرهن هو موجب سائر الوثائق ، وهو أن تزداد به طرائق المطالبة بالوفاء ، فيثبت به للمرتهن حق تعلق الدين بالعين المرهونة عيناً ، والمطالبة بإيفائه من ماليتها ، عن طريق بيعها واختصاصه بثمنها .

أما حق الحبس ، فليس بحكم لازم لعقد الرهن ، فللراهن أن يسترد الرهن لينتفع به بدون استهلاكه ، فإذا انتهى انتفاعه ، رده إليه . بدليل الحديث « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » أي لا يحبس ، وأضافه النبي ﷺ إلى الراهن بلام التمليك ، وسماه صاحباً ، فاقتضى أن يكون هو المالك للرهن رقبة وانتفاعاً وحبساً .

والحبس على الدوام يتنافى مع كون الرهن توثيقاً ، فقد يهلك الرهن ، فيسقط الدين أي كما قال الحنفية ، فيكون توهيناً لا توثيقاً . ثم إن في الحبس تعطيلاً للانتفاع بالرهن ، فهو تسييب ، والتسييب ممنوع شرعاً .

والخلاصة : أن عقد الرهن يثبت حق الحبس الدائم للمرتهن على المرهون عند الحنفية . أما عند الشافعية : فيقتضي الرهن عندهم فقط تعين المرهون للبيع لوفاء الدين .

وفي تقديري أن رأي الحنفية أسلم لاتفاقه مع واقع الرهن وهو الاحتفاظ به لحمل المدين على الوفاء بالدين . لذا قرر المالكية والحنابلة كما بينا في شروط القبض ضرورة استدامة قبض المرهون في يد الدائن ، حتى يؤدي الراهن ما عليه[1] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢/٢٧٢ ، المغني : ٤/٣٣١ .

وانبنى على الخلاف بين الحنفية والشافعية في مقتضى عقد الرهن ، أهو الحبس ، أم تعينه للبيع مسائل هي :

١ ـ استرداد الرهن : لا يجيز الحنفية استرداد الرهن لينتفع به ؛ لأنه يتنافى مع مقتضى عقد الرهن وهو حبس المرهون لدى المرتهن . ويجيز الشافعية استرداده للانتفاع به ؛ لأن استرداده لا يتنافى مع مقتضى العقد : وهو تعين المرهون للبيع في سبيل وفاء الدين .

٢ ـ الزوائد المنفصلة المتولدة : يسري الحبس عند الحنفية إلى الزوائد المنفصلة المتولدة ، فتحبس مع أصلها ، لأنها كالجزء منها . ولا يسري عليها حكم الرهن عند الشافعية ، فلا تباع في الدين ، لأنها عين أخرى .

٣ ـ رهن المشاع : لا يصح رهن المشاع عند الحنفية ؛ لأن الحبس الدائم لا يتصور فيه . وعند الشافعية والمالكية والحنابلة : يجوز لجواز بيعه ، وحكم الرهن هو تعينه للبيع واستيفاء الدين من ثمنه .

مطالبة المرتهن بوفاء دينه مع استمرار حبس الرهن :

قال الحنفية[1] : للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه مع استمرار حبسه للمال المرهون إذا كان الدين حالاً .

فإذا أراد المدين أداء الدين ، كان له أن يطالب المرتهن بإحضار الرهن ، وعلى المرتهن إحضاره ليعلم أنه لا يزال موجوداً لم يهلك . وهذا إذا لم يكن للرهن حمل ومؤنة ، كأن كان في بلد عقد الرهن . ولا يكلف المرتهن بإحضار الرهن إذا كان للرهن حمل ومؤنة ، وكانت المطالبة في بلد غير بلد عقد الرهن ؛ لأن الواجب عليه حينئذ التخلية ، لا نقله إلى مكان الإيفاء ، لئلا يترتب عليه ضرر كبير . فإن كانت المطالبة

---

(١) البدائع : ١٤٨/٦ ، ١٥٣ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٤٣/٥ وما بعدها ، اللباب : ٥٨/٢ .

في البلد الذي تم فيه عقد الرهن ، فإنه يحضره ، لعدم ترتب ضرر كبير على إحضاره .
كذلك لا يكلف المرتهن إحضاره إذا كان في يد عدل (أمين) ، لأنه لا قدرة له على إحضاره ؛ إذ العدل ممنوع من تسليم الرهن إلى أحد العاقدين ، وإلا كان ضامناً وآخذه غاصباً .

والخلاصة : أن المطالبة إن كانت في بلد الرهن ، يؤمر المرتهن بإحضاره مطلقاً . والا فإن لم يكن له حمل ومؤنة فيؤمر كذلك ، وإن كان له حمل ، لا يؤمر . وقال ابن عابدين : فيه نظر ، فالمعول عليه على وجود المؤنة ، فإن احتاج إلى نفقة حمل بأن كان في موضع آخر ، لم يكلف إحضاره ، وإن لم يحتج كلف إحضاره . وفي تقديري أن هذا هو الأدق والأولى .

المطلب الثالث ـ حفظ المال المرهون :

بناء على ثبوت حق حبس المال المرهون عند المرتهن في مذهب الحنفية ، فإن المرتهن يحفظ المرهون تحت يده بما يحفظ به مال نفسه عادة ، فيحفظه بنفسه ، وزوجته ، وولده وخادمه إذا كانا يسكنان معه ، وبأجيره الخاص ؛ لأن عين المرهون أمانة في يد المرتهن ، فصار من هذه الناحية كالوديعة ، يحفظه كما تحفظ .

ولا يجوز له حفظه بغير هؤلاء ، فإذا أودعه أو قصر في حفظه ، ضمن قيمته بالغة ما بلغت . والضامن عند أبي حنيفة : هو المرتهن لا الوديع ، وعند الصاحبين : كلاهما ضامن ، المرتهن بالدفع ، والوديع بتسلمه ما ليس مملوكاً للدافع ، لكن يستقر الضمان في النهاية على المرتهن ، كما في وديع الوديع .

ويجوز للمرتهن السفر بالمرهون إذا كان الطريق آمناً ، كما في الوديعة ، وإن كان له حمل ومؤنة[1] .

---

(١) الدر المختار : ٣٤٥/٥ ، ٣٤٧ وما بعدها ، اللباب : ٦٤/٢ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٢٠٢/٨ .

المطلب الرابع ـ الإنفاق على الرهن أو مؤنة الرهن :

اتفق الفقهاء على أن نفقة أو مؤنة الرهن على المالك الراهن ؛ لأن الشارع قد جعل الغنم والغرم للراهن : « لا يغلق ـ لا يُتملك ـ الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه »[1] .

لكنهم اختلفوا على رأيين في نوع النفقة الواجبة على الراهن .

١ ـ فقال الحنفية[2] : توزع النفقة على الراهن ، باعتباره مالك العين ، وعلى المرتهن ، باعتباره مكلفاً بحفظها ، على النحو التالي :

كل ما يحتاج إليه من النفقات لمصلحة المرهون وتبقيته ، فهو على الراهن ؛ لأنه ملكه . وكل ما كان لحفظ المرهون ، فهو على المرتهن ؛ لأن حبسه له ، فلزمه توابعه .

وبناء عليه ، على الراهن : طعام الحيوان وشرابه وأجرة الراعي . وعليه سقي الشجر ونفقة تلقيحه وجذاذه (قطفه) والقيام بمصالحه ، وسقي الأرض و إصلاحها وكري أنهارها و إنشاء مصارفها ، وضريبة خراجها وعشر حاصلاتها ؛ لأن كل ما ذكر من مؤونة (ما به بقاؤه) المال المملوك ، ومؤونة المملوك على مالكه .

ولا يجوز للراهن أن يجعل النفقة على الرهن منه ، أو من زوائده ، إلا برضا المرتهن ، لأن المرهون كله قد تعلق به حق المرتهن ، وفي بيعه للإنفاق على الباقي اعتداء على حقه ، فلا يجوز بغير إذنه .

وعلى المرتهن أجرة الحفظ ، للحارس أو المحل الذي يحفظ فيه المرهون ، مثل أجر

---

(١) سبق تخريجه ، رواه الشافعي والدارقطني وغيرهما عن أبي هريرة ، وقال عنه الدارقطني : هذا إسناد حسن متصل (نيل الأوطار : ٢٣٥/٥) فإن قيل : إن نهاية الحديث من كلام ابن المسيب ، أجيب بأن مراسيله يعمل بها ، بل إنه تأيد بمرفوع عند غيره .

(٢) البدائع : ١٥١/٦ ، تبيين الحقائق : ٦٨/٦ ، اللباب : ٦١/٢ ، الدر المختار وحاشيته : ٣٤٦/٥ ، تكملة الفتح : ٢٠٢/٨ .

حظيرة الحيوان ، وأجرة المخزن المحفوظ فيه ، لأن الأجرة مؤنة الحفظ ، وهي عليه . وبناء عليه لا يجوز أن يشترط في عقد الرهن أجر للمرتهن على قيامه بحفظ الرهن ، لأنه واجب عليه ، ولا أجر على واجب .

وروي عن أبي يوسف : أن أجرة المأوى على الراهن ، بمنزلة النفقة ؛ لأنه سعي في تبقيته .

وأما نفقات رد المرهون عند ضياعه ، ونفقات علاجه من القروح أو الأمراض[1] ، فعلى كل من الراهن والمرتهن ، المرتهن بقدر ضمانه : وهو ما يقابل الدين ، والباقي : وهو ما زاد على قدر الدين ، وهو الأمانة التي لا تدخل في ضمان المرتهن ، على الراهن .

٢ ـ وقال المالكية والشافعية والحنابلة (الجمهور)[2] : إن جميع نفقات أو مؤونات الرهن على الراهن ، سواء منها ما كان لبقاء عينه ، أو بقصد حفظه وعلاجه ، للحديث السابق : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » وكل إنفاق من غرمه ، ولأن نفقة المملوك على مالكه .

فإن لم ينفق الراهن ، ما الحكم ؟

قال المالكية : إن لم ينفق الراهن ، واحتاج الرهن إلى نفقة كعلف حيوان وإصلاح عقار ، أنفق المرتهن ، ويرجع بجميع ما أنفق على الراهن ، وإن زاد على قيمة الرهن . وتكون النفقة ديناً في ذمة الراهن ، لا بمالية الرهن أو عينه ، سواء أنفق بإذن منه ، أم بغير إذن ، لأنه قام بواجب على الراهن .

وقال الشافعية : يجبر القاضي الراهن على النفقة على المرهون إذا كان حاضراً

---

(١) وجاء في الفتاوى البزازية : أن ثمن الدواء وأجرة الطبيب على المرتهن .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٥١/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٣٦/٢ ، المغني : ٣٩٢/٤ ، كشاف القناع : ٣٢٦/٣ وما بعدها ، المهذب : ٣١٤/١ .

موسراً ، فإن تعذر الجبر بسبب إعساره أو غيبته ، ففي حال الغيبة يمونه القاضي من مال الراهن إن كان له مال . وفي حال الإعسار : يقترض القاضي ، أو يبيع جزءاً من الرهن لإبقائه ، أو يأمر المرتهن بالإنفاق عليه ، على أن يكون ديناً في ذمة الراهن .

وإذا أنفق المرتهن ، رجع على الراهن إن كان الإنفاق بإذن القاضي ، أو أشهد عند الإنفاق . وعند غيبة الراهن : أشهد أنه إنما أنفق ليرجع .

وقال الحنابلة : إن أنفق المرتهن بدون إذن الراهن ، مع قدرته على استئذانه ، كان متبرعاً ، لا حق له في الرجوع بما أنفق . فإن عجز عن استئذانه لغيبة أو نحوها ، وأنفق ، يرجع بأقل المبلغين : نفقة المثل ، وما أنفقه فعلاً ، بشرط أن ينوي الرجوع بالنفقة . ولا يشترط استئذان القاضي ، ولا الإشهاد على النفقة .

المطلب الخامس ـ الانتفاع بالرهن :

لا يجوز تعطيل منفعة الرهن ؛ لأنه تضييعٌ للمال وإهدارٌ له ، وإنما يجب الإفادة منه أثناء الرهن ، فمن الذي ينتفع به ، الراهن أم المرتهن ؟

نبحث كل حالة على حدة ، انتفاع الراهن ، ثم انتفاع المرتهن .

أولاً ـ انتفاع الراهن بالرهن :

هناك في انتفاع الراهن بالرهن رأيان : رأي الجمهور غير الشافعية بعدم جواز الانتفاع . ورأي الشافعية بجوازه ما لم يضر بالمرتهن[1] . وتفصيل الأقوال فيما يأتي :

١ ـ قال الحنفية[2] : ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً أو ركوباً أو لبساً أو سكنى وغيرها ، إلا بإذن المرتهن ، كما أنه ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن ، ودليلهم على الحالة الأولى : أن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام ،

---

(١) الإفصاح : ٢٣٨/١ .

(٢) البدائع : ١٤٦/٦ ، الدر المختار : ٣٤٢/٥ وما بعدها .

وهذا يمنع الاسترداد . فإن انتفع الراهن من غير إذن المرتهن ، فشرب لبن البقرة المرهونة ، أو أكل ثمر الشجر المرهون ، ونحوهما ، ضمن قيمة ما انتفع به ؛ لأنه تعدى بفعله على حق المرتهن ، وتدخل القيمة التي هي بدل الاستهلاك في حبس المرتهن للرهن ، ويتعلق بها الدين .

وإذا استعاد الراهن الرهن لاستعماله بدون إذن المرتهن ، فركب الدابة المرهونة ، أو لبس الثوب المرهون ، أو سكن الدار المرهونة أو زرع الأرض ، ارتفع ضمان المرتهن للرهن ، وكان غاصباً للرهن ، فيرد إلى المرتهن جبراً عنه . وإذا هلك في يده هلك عليه . فإن لم يترتب على انتفاع الراهن بالرهن رفع يد المرتهن ، فله الانتفاع به ، كإيجار آلة يشغلها المرتهن ، مثل آلة طحن ونحوه ، فأجر ما تطحنه حينئذ للراهن ؛ لأن نماء الرهن وزوائده للراهن[1] ، وإذا أخذه المرتهن احتسب من دينه . وهذا المذهب مبني على أن الرهن يلحق الزيادة المتولدة من الرهن متصلة أو منفصلة عنه .

٢ ـ وقال الحنابلة[2] مثل الحنفية : لا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن أو رضا المرتهن . فليس له استخدامه ولا ركوبه ولا لبسه ولا سكناه . وتعطل منافعه أي على كره من الشرع ، إذا لم يتفق الراهن والمرتهن على انتفاع الراهن ، فتغلق الدار مثلاً حتى يفك الرهن ؛ لأن الرهن عين محبوسة ، فلم يجز للمالك أن ينتفع بها ، كالمبيع المحبوس لدى الراهن حتى يوفى ثمنه .

وهذا المذهب مبني على مبدأ أن جميع منافع الرهن ونمائه تكون رهناً مع أصلها ، كالحنفية تماماً .

إصلاح الرهن : ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته إن احتاج إليها ، وإنزاء الفحل على الأنثى المرهونة عند الحاجة .

---

(١) الدر المختار : ٣٧٠/٥ .

(٢) المغني : ٣٩٠/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٢٣/٣ .

٣ ـ وتشدد المالكية[1] أكثر من المذهبين السابقين، فقرروا عدم جواز انتفاع الراهن بالرهن، وقرروا أن إذن المرتهن للراهن بالانتفاع مبطل للرهن، ولو لم ينتفع؛ لأن الإذن بالانتفاع يعد تنازلاً عن حقه في الرهن.

وبما أن منافع الرهن مملوكة للراهن، فله أن ينيب المرتهن في أن ينتفع بالرهن نيابة عنه ولحساب الراهن، حتى لا تتعطل منافع الرهن. فإن عطل المرتهن استغلال المرهون، كإغلاق الدار، ضمن عند بعض المالكية أجرة المثل في مدة التعطيل؛ لأنه ضيعها عليه. وقال بعضهم: لا يضمن، إذ ليس عليه أن يستغل للراهن ماله. وقال بعضهم: يضمن إلا إذا علم الراهن بالاستغلال ولم ينكر عليه التعطيل.

٤ ـ وأما الشافعية[2] فقالوا خلافاً للجمهور السابق: للراهن كل انتفاع بالرهن لا يترتب عليه نقص المرهون، كالركوب، والاستخدام، والسكنى، واللبس، والحمل على الدابة أو السيارة؛ لأن منافع الرهن ونماءه ملك للراهن، ولا يتعلق بها الدين عندهم، ولخبر الدارقطني والحاكم: «الرهن مركوب ومحلوب» وخبر البخاري: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً».

أما ما يترتب عليه نقص قيمة الرهن كالبناء والغرس في الأرض المرهونة، فلا يجوز للراهن إلا بإذن المرتهن مراعاة لحقه. وللمرتهن أن يرجع عن إذنه قبل تصرف الراهن.

وإذا أمكن الراهن الانتفاع بالمرهون بغير استرداد كإيجار آلة عند المرتهن، لم يسترد من المرتهن. وإن لم يكن الانتفاع به بغير استرداد كأن يكون داراً يسكنها، أو دابة أو سيارة يركبها، فيسترد للحاجة إليه، حتى إذا انتهى انتفاعه به، رده على المرتهن.

---

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢٤١/٣ وما بعدها

(٢) مغني المحتاج ١٣١/٢ وما بعدها.

ثانياً ـ انتفاع المرتهن بالرهن :

يرى الجمهور غير الحنابلة : أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن . وحملوا ما ورد من جواز الانتفاع بالمحلوب والمركوب بمقدار العلف على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على الرهن ، فأنفق عليه المرتهن ، فله الانتفاع بمقدار علفه . والحنابلة يجيزون الانتفاع للمرتهن بالرهن إذا كان حيواناً ، فله أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه[1] . وتفصيل المذاهب كما يأتي :

١ ـ قال الحنفية[2] : ليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً ولا ركوباً ولا سكنى ولا لبساً ولا قراءة في كتاب ، إلا بإذن الراهن ؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع . فإن انتفع به ، فهلك في حال الاستعمال يضمن كل قيمته ، لأنه صار غاصباً .

وإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون ، جاز مطلقاً عند بعض الحنفية . ومنهم من منعه مطلقاً ؛ لأنه ربا أو فيه شبهة الربا ، والإذن أو الرضا لا يحل الربا ولا يبيح شبهته . ومنهم من فصل فقال : إن شرط الانتفاع على الراهن في العقد ، فهو حرام ؛ لأنه ربا ، وإن لم يشرط في العقد ، فجائز ؛ لأنه تبرع من الراهن للمرتهن . والاشتراط كما يكون صريحاً ، يكون متعارفاً ، والمعروف كالمشروط .

وهذا التفصيل هو المتفق مع روح الشريعة ، والغالب من أحوال الناس أنهم عند دفع القرض إنما يريدون الانتفاع ، ولولاه لما أعطوا الدراهم ، وهذا بمنزلة الشرط ؛ لأن المعروف كالمشروط ، وهو مما يُعيِّن المنع ، كما قال ابن عابدين .

وأرى أن الاحتياط في الدين أمر واجب ، وكل قرض جر نفعاً مشروطاً أو

---

(١) بداية المجتهد : ٢٧٣/٢ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٣٤٢/٥ ، البدائع : ١٤٦/٦ ، تبيين الحقائق : ٦٧/٦ ، الهداية مع تكملة الفتح : ٢٠١/٨ .

متعارفاً فهو عند الحنفية ربا ، وقد صرح ابن نجيم في الأشباه أنه يكره (أي تحريماً) للمرتهن الانتفاع بالرهن[1] . وقال في التتارخانية ما نصه : « ولو استقرض دراهم ، وسلم حماره إلى المقرض ليستعمله إلى شهرين ، حتى يوفيه دينه ، أو داره ليسكنها ، فهو بمنزلة الإجارة الفاسدة ، إن استعمله ، فعليه أجر مثله ، ولا يكون رهناً » . وعليه نرى أن ما اعتاده الناس في زماننا من رهن الدور على أن يسكنها المرتهن ، ريثما يرد إليه الراهن دينه ، وهو قرض ، غير جائز باتفاق المذاهب ، وليس العقد من قبيل بيع الوفاء ، لعدم انصراف مقاصد الناس إلى البيع .

٢ ـ وفصل المالكية[2] فقالوا : إذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع أو اشترط المرتهن المنفعة ، جاز إن كان الدين من بيع أو شبهه (معاوضة) ، وعينت المدة بأن كانت معلومة ، للخروج من الجهالة المفسدة للإجارة ، لأنه بيع و إجارة ، وهو جائز. والجواز كما قال الدردير بأن يأخذ المرتهن المنفعة لنفسه مجاناً ، أو لتحسب من الدين على أن يعجل دفع باقي الدين . ولا يجوز إن كان الدين قرضاً (سلفاً) ؛ لأنه قرض جر نفعاً . ولا يجوز الانتفاع في حالة القرض إن تبرع الراهن للمرتهن بالمنفعة أي لم يشترطها المرتهن ؛ لأنها هدية مديان ، وقد نهى عنها النبي ﷺ[3] .

والخلاصة : أن هناك صوراً ثمانية لاشتراط المرتهن منفعة الرهن لنفسه ، سبعة منها ممنوعة ، وواحدة منها فقط جائزة . أما الممنوعة فأربع صور منها في القرض : وهي ما إذا كانت مدة المنفعة معينة ، أو مجهولة ، مشترطة أو متطوعاً بها ، وثلاث صور منها في البيع : وهي ما إذا كانت متطوعاً بها ، سواء كانت مدتها معينة أم مجهولة ، أو كانت مشترطة ولم تعين مدتها أي المدة مجهولة .

---

(١) المقرر في القانون المدني السوري والمصري يتفق مع الشريعة ، فقد نص فيهما على أنه ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن دون مقابل .

(٢) الشرح الكبير للدردير والدسوقي : ٢٤٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٧٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ .

(٣) عن أنس عن النبي ﷺ قال : « إذا أقرض فلا يأخذ هدية » أي قبل الوفاء . رواه البخاري في تاريخه (نيل الأوطار : ٢٣١/٥) .

وأما الصورة الجائزة : فهي ما إذا كانت المنفعة مشترطة في عقد البيع ، والمدة معينة . ومحل الجواز فيها إذا اشترطت ليأخذها المرتهن مجاناً ، أو لتحسب من الدين على أن يعجل الباقي منه .

٣ ـ وقال الشافعية[1] كالمالكية إجمالاً : ليس للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة لقول النبي ﷺ : « لا يغلق الرهن من صاحبه ، الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » قال الشافعي : غنمه : زياداته . وغرمه : هلاكه ونقصه . ولا شك أن من الغنم سائر وجوه الانتفاع . وهذا رأي ابن مسعود .

فإن شرط المرتهن في عقد القرض ما يضر الراهن ، كأن تكون زوائد المرهون أو منفعته له ، أي للمرتهن ، بطل الشرط ، والرهن في الأظهر لحديث « كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ، فهو باطل » ، وأما بطلان الرهن فلمخالفة الشرط مقتضى العقد ، كالشرط الذي يضر المرتهن نفسه .

أما إن كانت المنفعة مقدرة أو معلومة ، وكان الرهن مشروطاً في بيع ، فإنه يصح اشتراط جعل المنفعة للمرتهن ؛ لأنه جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، وهو جائز . مثل أن يقول شخص لغيره : بعتك حصاني بمئة بشرط أن ترهنني بها دارك ، وأن تكون منفعتها لي سنة ، فبعض الحصان مبيع ، وبعضه أجرة في مقابلة منفعة الدار .

٤ ـ وأما الحنابلة[2] فقالوا في غير الحيوان : ما لا يحتاج إلى مؤنة (قوت) كالدار والمتاع ونحوه ، لا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال ؛ لأن الرهن ومنافعه ونماءه ملك الراهن ، فليس لغيره أخذها بغير إذنه ، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض ، وكان دين الرهن من قرض لم يجز ؛ لأنه قرض جر منفعة ،

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب : ٦١/٣ ، الإفصاح لابن هبيرة : ٢٣٨/١ ، مغني المحتاج : ١٢١/٢ .

(٢) المغني : ٣٨٥/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٤٢/٣ وما بعدها . وعبارتهم في الموضوع : « لا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء ، إلا ما كان مركوباً أو محلوباً ، فيركب ويحلب بقدر العلف » .

وذلك حرام . قال أحمد : أكره قرض الدور وهو الربا المحض ، يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن .

وإن كان الرهن بثمن مبيع ، أو أجر دار أو دين غير القرض ، فأذن له الراهن في الانتفاع ، جاز ، أي ولو مع المحاباة في الأجرة .

وإن كان الانتفاع بعوض هو أجر المثل من غير محاباة ، جاز في القرض وغيره ، لكونه لم ينتفع بالقرض ، بل بالإجارة . وإن حاباه لا يجوز في القرض ، ويجوز في غيره .

والخلاصة : أن الانتفاع إن كان بعوض جاز في القرض وغيره إن كان بأجر المثل ، وإن كان بغير عوض لا يجوز في القرض ، وإذا انتفع المرتهن من غير إذن الراهن ، حسب من دينه .

وأما الحيوان : فيجوز للمرتهن أن ينتفع به إن كان مركوباً أو محلوباً ، على أن يركب ويحلب ، بقدر نفقته ، متحرياً العدل في النفقة ، وإن لم يأذنه الراهن .

ودليلهم الحديث السابق : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبَن الدَّر يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » وجملة « الظهر يركب ، والدر يشرب » جملة خبرية في معنى الإنشاء مثل : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ ولأن التصرف معاوضة ، والمعاوضة تقتضي المساواة بين البدلين .

لكن قال ابن القيم في أعلام الموقعين : لا ضرورة إلى المساواة بين البدلين ؛ لأن الشارع ساوى بينهما ، ويعسر علينا أمر الموازنة بين الركوب واللبن وبين النفقة .

ولم يعمل الجمهور بهذا الحديث ، وقالوا : إنه حديث ترده أصول وآثار صحيحة . ويدل على نسخه حديث : « لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه »[1] ، وحديث :

---

(١) أخرجه البخاري في أبواب المظالم عن ابن عمر (سبل السلام : ٥١/٣) .

« لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

وأجاب الحنابلة : بأن السنة أصل ، فكيف تردها الأصول ؟! وأما الحديث الناسخ فهو عام ، وحديث الرهن خاص ، فيكون الخاص مقيداً له .

وأرى الأخذ بهذا الاستثناء الوارد عند الحنابلة ؛ لأن الحديث صحيح . وفيما عداه القول الراجح هو ما عليه اتفاق المذاهب ، بدليل أن الحنابلة قالوا :

إن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسد ؛ لأنه ينافي مقتضى الرهن ، وأما الرهن في البيع فجائز لأنه بيع و إجارة كما قال الشافعية .

المطلب السادس ـ التصرف في الرهن :

إما أن يصدر التصرف في الرهن من الراهن أو من المرتهن .

أولاً ـ تصرف الراهن بالرهن :

أ ـ قبل التسليم : ينفذ عند الحنفية والشافعية والحنابلة تصرف الراهن بالرهن قبل القبض بدون إذن المرتهن ؛ لأنه لم يتعلق به حق المرتهن حينئذ .

أما المالكية[1] القائلون بأن الرهن يلزم بالإيجاب والقبول ، وبأن الراهن يجبر على تسليم الرهن للمرتهن ، فيجيزون ـ بالرغم مما ذكر ـ للراهن أن يتصرف في الرهن قبل القبض ، فلو باع الراهن الرهن المشترط في عقد المبيع أو القرض نفذ بيعه ، إن فرط مرتهنه في طلبه حتى باعه ، وصار دينه بلا رهن لتفريطه . فإن لم يفرط في الطلب وجدّ في المطالبة ، ففيه ثلاثة آراء :

الأول لابن القصار : وهو أنّ للمرتهن رد البيع ولا ينفذ ، إن كان المبيع باقياً . وإن فات (ذهب من يد البائع) كان ثمنه رهناً عنده مكانه ، وينفذ البيع .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٣/٢٤٨ .

الثاني لابن أبي زيد : وهو نفاذ البيع ، وجعل الثمن بدله رهناً .

الثالث لابن رشد : وهو نفاذ البيع ، ويصير الدين بلا رهن ، ولا يكون الثمن رهناً بدله .

وأما إن كان الرهن متطوعاً به بعد العقد ، وباعه الراهن قبل أن يقبضه المرتهن ، فينفذ بيعه ، وهل يكون ثمنه رهناً أو لا يكون ؟ فيه خلاف ، كالخلاف في بيع الهبة قبل قبضها .

ب ـ بعد التسليم : إذا سلم الراهن المرهون ، بقي على ملكه ، ولكن تعلق به دين المرتهن ، فاستحق حبسه وثيقة بالدين إلى أن يوفى عند الحنفية ، ويصبح متعيناً للبيع وثيقة بالدين عند الجمهور غير الحنفية .

وعلى كلا الرأيين : لا يجوز للراهن أن يتصرف بالرهن إلا بإذن المرتهن ، لتعلق حقه به ، فيتنازل عن حقه في حبس الرهن أو تعينه للبيع . وتفصيل المذاهب فيما يأتي :

١ ـ قال الحنفية[1] : إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن ، فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به ، فإن أجازه المرتهن ، أو قضاه الراهن دينه ، أو أبرأه المرتهن عن الدين ، جاز البيع ونفذ ، وصار ثمنه في غير حال الوفاء بالدين رهناً مكانه في ظاهر الرواية ؛ لأن البدل له حكم المُبْدَل . وإن لم يجزه ، لم ينفسخ وبقي موقوفاً في أصح الروايتين ، وكان المشتري ـ في حال عدم علمه بأنه مرهون ـ بالخيار : إن شاء صبر إلى فك الرهن ، أو رفع الأمر إلى القاضي بفسخ البيع .

ووجه ظاهر الرواية : أن حق المرتهن متعلق بمالية المرهون ، فإذا بيع وأصبح

---

(١) البدائع : ١٤٦/٦ ، تكملة الفتح : ٢٢٤/٨ ، تبيين الحقائق : ٨٤/٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٦١/٥ ، اللباب : ٥٩/٢ .

الثمن بدلاً عن المال المرهون ، لم يتضرر المرتهن ؛ لأن حقه لم يزل بالبيع .

وإذا تكرر بيع الراهن قبل أن يجيز المرتهن ، كأن باعه مرة ثانية ، كان البيع الثاني موقوفاً أيضاً على إجازة المرتهن ، فأي البيعين أجازه لزم ، وبطل الآخر .

وإذا كان التصرف الثاني (الوارد بعد بيع الراهن الرهن) هبة أو إجارة أو رهناً فأجاز المرتهن هذا التصرف ، نفذ البيع الأول ، دون هذه التصرفات ؛ لأن إجازته هذه التصرفات إسقاط لحقه في الحبس ، وبها يزول المانع من نفاذ البيع ، فينفذ ، وتتحقق مصلحة المرتهن بتحول حقه لثمن المبيع ، أما تلك التصرفات فليس في نفاذها منفعة للمرتهن ، لعدم تحول حقه فيها إلى بدل يقوم مقام المرهون .

وإذا تصرف الراهن أولاً بالإعارة أو الإجارة أو الهبة أو الرهن ، كان تصرفه أيضاً موقوفاً على إجازة المرتهن .

أما في حال الإعارة : فإن ردها المرتهن بطلت ، وإن أجازها نفذت ، ولا يبطل بإجازتها عقد الرهن ؛ لأن الإعارة عقد غير لازم ، فلكل من الراهن والمرتهن بعد نفاذها استرداد العارية ، وإعادتها رهناً كما كانت .

وأما في حال الإجارة : فإجازتها مبطلة لعقد الرهن ؛ لأنها عقد لازم .

وإذا تصرف الراهن بعقد من هذه العقود مع المرتهن ، فحكمها حكم إجازة المرتهن لهذه العقود إذا كانت لغيره . فإذا كان هو المشتري أو الموهوب له أو المتصدق عليه (أي المتملك) ، فإن الرهن يبطل بذلك .

وإذا كان هو المستعير لم يبطل الرهن ، ولكن يرتفع ضمانه وقت انتفاعه بالعين المرهونة فقط ، فإذا هلك أثناء انتفاعه ، هلك هلاك الأمانات ، وإذا هلك قبل انتفاعه ، أو بعد انتهائه هلك هلاك الرهن .

وإذا كان هو المستأجر ، فإن جدد القبض للإجارة (وهو أمر شكلي) بطل

الرهن ، ونفذت الإجارة ؛ لأن قبض الرهن دون قبض الإجارة ، فلا ينوب منابه ؛ لأن قبض الرهن قبض لا يؤدي إلى جواز الانتفاع ، وقبض الإجارة يؤدي إليه ، فهو أقوى ، فلم ينب منابه . وإذا جدد القبض للإجارة ، فهلك المقبوض ، هلك هلاك الأمانات ، لا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير . ومن التعدي أن يمنع المرتهن الرهن عن مالكه بعد انتهاء مدة الإجارة .

٢ ـ وقال المالكية[١] : إذا تصرف الراهن بالرهن من غير إذن المرتهن ، ببيع أو إجارة أو هبة ، أو صدقة ، أو إعارة ونحوها ، كان التصرف باطلاً ، وبطل الرهن على المعتمد بمجرد الإذن (أي إذن المرتهن للراهن بالتصرف) ، وإن لم يتصرف الراهن ، لاعتبار الإذن تنازلاً عن الرهن .

٣ ـ وقال الشافعية[٢] : ليس للراهن المُقْبِض تصرف يزيل الملك ، كالهبة والبيع والوقف ، مع غير المرتهن بغير إذنه ؛ لأنه لو صح لفاتت الوثيقة . كما لا يصح له رهن المرهون لغير المرتهن الأول عنده ، ولا إجارة المرهون إن كان الدين حالاً ، أو يحل أجله قبل انقضاء مدة الإجارة ، ويعد التصرف حينئذ باطلاً .

فإن كان هذا التصرف مع المرتهن أو بإذنه ، فيصح ويبطل الرهن ، إلا في الإجارة فيستمر الرهن ، ويصح للراهن كل تصرف لا يضر المرتهن كالسكنى والركوب كما بينا سابقاً ، ويصح له أيضاً الإجارة والإعارة إلى مدة لا تمتد إلى ما بعد حلول الدين ، لأنه تصرف لا يمس حق المرتهن في بيع الرهن عند حلول الدين ، وعدم الوفاء .

٤ ـ والحنابلة[٣] كالشافعية قالوا : إذا تصرف الراهن بالرهن تصرفاً بغير إذن

---

(١) الشرح الكبير : ٢٤١/٣ وما بعدها ، ٢٤٨ ، بداية المجتهد : ٢٧٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ .

(٢) مغني المحتاج : ١٣٠/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٠٩/١ ، ٣١١ .

(٣) المغني : ٣٦٣/٤ ، كشاف القناع : ٣٢١/٣ وما بعدها .

المرتهن ، بطل التصرف ؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق المرتهن بالوثيقة ، سواء أكان التصرف بيعاً أم إجارة أم هبة أم وقفاً ، أم رهناً وغيره . وإذا أذن المرتهن بهذا التصرف ، صح ، وبطل الرهن ، إلا في الإجارة فيستمر الرهن في الأصح . كما أن الرهن يبقى بحاله مستمراً إذا كان التصرف إعارة أذن بها المرتهن .

والخلاصة : أن تصرف الراهن بالرهن بغير إذن المرتهن موقوف عند الحنفية ، باطل عند الأئمة الآخرين .

ثانياً ـ تصرف المرتهن بالرهن :

تبين مما سبق أن حق الراهن قائم في عين الرهن ، فهو ملكه ، وحق المرتهن ثابت في ماليته ، فله حبسه لوفاء الدين .

وبناء عليه لا يجوز للمرتهن أن يتصرف في الرهن بغير إذن الراهن ، كما في تصرف الراهن ، لأنه تصرف فيما لا يملك ، ويكون تصرفه موقوفاً عند الحنفية والمالكية كتصرف الفضولي ، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة ، وتفصيل المذاهب فيما يأتي :

١ ـ قال الحنفية[1] : ليس للمرتهن أن يتصرف بالرهن بغير إذن الراهن ؛ لأنه تصرف فيما لا يملك ، إذ لا حق له إلا في حبس المرهون ، فإن تصرف بغير إذنه بالبيع أو الهبة ، أو الصدقة أو الإعارة ونحوها ، كان تصرفه موقوفاً على إجازة الراهن ، إن أجازه نفذ ، وإلا بطل . لكن إن أجره المرتهن بلا إذن ، فالأجرة له ، وإن كان بإذن فللمالك الراهن ، وبطل الرهن[2] .

وإن هلك المرهون عند المتصرف إليه ، ففيه تفصيل :

---

(١) البدائع : ١٤٦/٦ ، الدر المختار : ٣٤٢/٥ وما بعدها ، ورد المحتار : ١٣٩/٥ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٣٤٢/٥ ، ٣٧٢ .

أ ـ إن باعه المرتهن أو وهبه أو تصدق به أو أعاره فهلك عند المتصرف إليه ، فللراهن الخيار : إما أن يضمن المرتهن لتعديه ، ويستقر الضمان عليه ، فلا يرجع على أحد ، وبأدائه الضمان يتبين أنه تصرف في ملكه . وإما أن يضمن المتصرف إليه ولا يرجع أحدهم على المرتهن ؛ لأن كل واحد عامل لنفسه ، فالمشتري أو الموهوب له أو المتصدق له قبض لنفسه ، وفي ضمان نفسه ، سواء أكان عالماً بأنه معتد ، أم غير عالم ، لأنه في الحالة الأخيرة أقدم على تصرف يتبعه ضمانه ، كما لو كان ملكاً للمرتهن . وأما المستعير فقد قبض لنفسه لينتفع مجاناً .

ب ـ وإن أجره المرتهن أو أودعه ، أو رهنه ، ثم هلك ، فللراهن الخيار : إما أن يضمن المرتهن ، فلا يرجع على أحد ، ويتبين أنه تصرف في ملك نفسه ، أو يضمن المتصرف إليه ، ولكن يرجع كل منهم على المرتهن ؛ لأنه ليس عاملاً لنفسه ، وإنما هو عامل للمؤجر أو المودع أو الراهن في حفظ العين لصالحه أي المؤجر ونحوه ، وإذا كان كل منهم عاملاً للمرتهن فيرجعون بالضمان عليه .

وإذا كان الهلاك بتعدي المتصرف إليه ، كان هو الضامن لتعديه ، ويستقر الضمان عليه لو ضمن الراهن المرتهن .

ويلاحظ أنه إذا اختار الراهن تضمين المرتهن أو المتصرف إليه ، لا يعود إلى تضمين الآخر ؛ لأن اختياره تضمين أحدهما بمثابة تمليك له ، وإذا ملك شخصاً لم يكن له أن يملك غيره ، ولأن اختياره تضمين أحدهما يعتبر منه إقراراً بأنه هو المعتدي على حقه دون الآخر ، فلا يقبل منه بعدئذ تضمينه .

٢ ـ وقال المالكية[1] كالحنفية : لا يجوز تصرف المرتهن في الرهن بغير إذن الراهن ؛ لأنه تصرف فيما لا يملك . فإن تصرف فيه بغير إذنه بيعاً أو هبة أو إجارة أو إعارة ، كان موقوفاً على إجازة الراهن ، كتصرف الفضولي عندهم .

---

(١) الشرح الكبير والدسوقي : ٣/٢٤٢ .

وإن تصرف بإذن الراهن نفذ ، وبطل رهنه إذا كان التصرف بيعاً أو هبة ، أو إجارة لمدة تمتد إلى ما بعد حلول أجل الدين . أما إذا كانت مدتها تنتهي قبل حلول الدين ، فلا يبطل الرهن ، ويسترده المرتهن بعد انتهاء مدتها . كما يبطل الرهن بإعارته لمدة تمتد إلى ما بعد حلول أجل الدين ، ولم يشترط رد المرهون إلى المرتهن عند حلول الدين ، أو لم يكن هناك عرف يقضي برده . فإن انتهت مدة الإعارة قبل حلول الأجل ، أو اشترط الرد عند الحلول ، أو وجد عرف يقضي برده ، فلا يبطل الرهن حينئذ .

٣ ـ وقال الحنابلة والشافعية[1] : ليس للمرتهن أن يتصرف في الرهن بغير إذن الراهن ؛ لأنه ليس ملكاً له ، فإن أقدم على التصرف كان تصرفه باطلاً ، ولا يبطل الرهن . أما إن تصرف بإذن الراهن فتصرفه ينفذ ، ويبطل الرهن إن كان تمليكاً . ولا يبطل الرهن إن كان إجارة أو إعارة ، سواء أكان التصرف للراهن أم لغيره ، وإنما يزول عند الحنابلة لزوم الرهن بالتصرف بالمرهون ، وكأنه لم يلحقه قبض . فإذا عاد المرهون للمرتهن عاد رهناً كما كان . وأما عند الشافعية الذين لا يشترطون استدامة قبض الرهن ، فيظل الرهن ولو كان بيد غير المرتهن .

المطلب السابع ـ ضمان الرهن :

نبحث هنا ثلاثة أمور :

أولها ـ صفة يد المرتهن .

وثانيها ـ كيفية ضمان المرتهن عند الحنفية وعند الجمهور .

وثالثها ـ استهلاك الرهن .

أولاً ـ صفة يد المرتهن : هل هي يد أمانة أو يد ضمان ؟ فيه رأيان : الأول للحنفية ، والثاني للجمهور .

---

(١) المغني : ٣٣١/٤ ، مغني المحتاج : ١٣١/٢ .

١ ـ قال الحنفية[1] : يد المرتهن يد أمانة بالنظر لعين المال المرهون ، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن . بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتهن عليه يد ضمان أو استيفاء ، فإذا امتنع رد المرهون لصاحبه بسبب هلاك أو غيره ، كان المرتهن مستوفياً من دينه هذا المقدار ، واحتسب من ضمانه ، وأما ما زاد من قيمة الرهن على الدين فهو أمانة ، يهلك هلاك الأمانة ، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير .

وأدلتهم : حديث « الرهن بما فيه »[2] أي يهلك بما رهن فيه ، وما روي أن رجلاً رُهن فرساً ، فنَفَق (مات) في يده ، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن : « ذهب حقك »[3] .

وقد عمل الحنفية بالحديث الأول : « إذا عُمِّي الرهن فهو بما فيه » فقالوا[4] : معناه : إذا اشتبهت قيمته بعد هلاكه ، بأن قال كل : لا أدري كم كانت قيمته ، ضمن بما فيه من الدين .

أ ـ وقال الجمهور غير الحنفية[5] : يد المرتهن على الرهن يد أمانة ، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، ولا يسقط شيء من الدين بهلاك الرهن . إلا أن المالكية بالرغم من قولهم بأن يد المرتهن يد أمانة استحسنوا تضمين المرتهن عند وجود التهمة : وهي عندما يكون الرهن مما يغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه) كالحلي والثياب والكتب والسلاح والسفينة وقت جريها ونحوه مما يمكن إخفاؤه وكتمه ، إذا كان المرهون بيد

---

(١) الدر المختار : ٣٤٢/٥ ، اللباب : ٥٥/٢ ، تكلمة الفتح : ١٩٨/٨ ، تبيين الحقائق : ٦٣/٦ ، البدائع : ١٥٤/٦ .

(٢) رواه الدارقطني مسنداً عن أنس وأبو داود مرسلاً ، والأول حديث ضعيف والثاني مرسل صحيح (نصب الراية : ٣٢١/٤) .

(٣) رواه أبو داود في مراسيله ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، وهو مرسل وضعيف (نصب الراية : ٣٢١/٤) .

(٤) الدر المختار : ٣٤٨/٥ .

(٥) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٥٣/٣ ـ ٢٥٥ ، بداية المجتهد : ٢٧٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ١٣٦/٢ ، المهذب : ٣١٦/١ ، أعلام الموقعين : ٣٥/٤ ، المغني : ٣٩٦/٤ ، كشاف القناع : ٣٢٨/٣ .

المرتهن ، لا بيد أمين (عدل) ، ولم تقم بينة (شهادة اثنين) أو شاهد مع يمين على احتراقه أو سرقته أو تلفه ، بلا تعدٍ ولا إهمال من المرتهن .

أما إذا كان المرهون مما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان ، أو كان الرهن بيد أمين ، أو قامت بينة على تلفه بلا تعد ولا إهمال من المرتهن ، فلا يضمنه المرتهن عند هلاكه .

ودليل الجمهور على كون يد المرتهن يد أمانة : حديث أبي هريرة السابق : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » فقد جعل النبي غرم الرهن ـ ومنه هلاكه ـ على الراهن ، وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة ؛ لأن عليه قضاء دين المرتهن . أما إذا هلك مضموناً ، فإن غرمه على المرتهن ، حيث سقط حقه ، لا على الراهن .

ثم إن الرهن وثيقة بالدين ، فلا يجوز أن يسقط الدين بهلاكه ، إذ يتنافى السقوط مع كونه وثيقة .

كما أن وجود المرهون في يد المرتهن حدث برضا الراهن ، فكان بسبب الرضا أميناً ، كالوديع بالنسبة للمودع .

ويلاحظ أن رأي الجمهور أقوى لقوة أدلتهم ، وضعف أحاديث الحنفية .

ثانياً ـ كيفية ضمان المرتهن :

١ ـ مذهب الحنفية : إن المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين[1] ، فإن كانت القيمة أقل من الدين ، فهو مضمون بالقيمة وسقط من الدين بقدرها ، ورجع المرتهن بالفضل الزائد على الراهن ، وإن تساوى الدين وقيمة المرهون ، صار المرتهن

---

(١) أي بما هو أقل . و « مِنْ » لبيان الأقل الذي هو القيمة تارة ، والدَّينُ أخرى .

مستوفياً دينه حكماً، لتعلق قيمة الرهن بذمته، وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين، فالفضل الزائد أمانة في يد المرتهن لا يضمن ما لم يتعد عليه، أو يقصر في حفظه[1].

شرائط الضمان : اشترط الحنفية لضمان الرهن على النحو المذكور شروطاً ثلاثة[2]:

الأول ـ شرط بقاء الدين أي وجود الدين عند هلاك المرهون، أو أن يكون موعوداً به عند قبض الرهن: فإذا سقط الدين قبل هلاك الرهن، بالإبراء أو بالوفاء ونحوهما، ثم هلك الرهن، فإنه يهلك على الراهن بغير شيء، ولا ضمان على المرتهن حينئذ.

الثاني ـ شرط بقاء القبض أي أن يكون هلاك الرهن في يد المرتهن أو في يد العدل، وفي حال قبضه على حكم الرهن: فإذا هلك المرهون، وهو في يد الراهن، أو في يد غاصبه، لم يهلك هلاك الرهن، وإنما يهلك على ضمان الراهن إذا كان في يده، أو على ضمان الغاصب إذا هلك في يده.

وإذا أذن الراهن المرتهن في الانتفاع بالرهن، فهلك حال انتفاعه به، بناء على الإذن، فإنه أيضاً يهلك هلاك الأمانة، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين، لأنه لم يهلك في قبض الرهن، وإنما هلك في قبض العارية.

أما إن هلك قبل أن يبدأ انتفاعه به، أو بعد انتهائه، فإنه يهلك هلاك الرهن، لأنه هلك في قبض الرهن.

وكذلك لو أعاره أحدهما بإذن الآخر لأجنبي، فهلك عنده، هلك هلاك

---

(١) اللباب: ٥٥/٢، البدائع: ١٦٠/٦، ومراجع الحنفية في صفة يد المرتهن.

(٢) البدائع: ١٥٥/٦ ـ ١٦٠، تكملة الفتح: ٢٤٠/٨.

العارية . وإن أودعه المرتهن لدى الراهن ، فهلك في يده ، لم يسقط شيء من الدين بهلاكه ، لانتقاض قبض الرهن برده إلى الراهن .

الثالث ـ شرط كون المرهون مقصوداً بالرهن أي ألا يكون الهالك من زيادة الرهن ونمائه ، مما يدخل في الرهن تبعاً ، كالولد واللبن والثمرة والصوف ونحوها ، من كل زيادة متولدة منفصلة .

فإذا هلك النماء أو الزيادة ، هلك هلاك الأمانة ؛ لأن الزيادة لم تدخل في الرهن إلا تبعاً للأصل ، فكانت يد المرتهن عليها يداً تابعة ليده على أصلها .

نقص سعر المرهون : لا يؤثر نقص سعر المرهون عند جمهور الحنفية خلافاً لزفر في ضمان الرهن ؛ لأن ما يسقط من الدين بهلاك الرهن مراعى فيه قيمته وقت قبضه ، لا وقت هلاكه ؛ لأن قبضه قبض استيفاء ، فتراعى قيمته في وقت القبض . فإذا نقصت قيمته بسبب تغير الأسعار ، لا يسقط بسبب التغير شيء من الدين[1] .

نقص قيمة الرهن بسبب هلاك بعضه أو تعيبه : إذا كان الرهن متعدداً ، فهلك بعضه ، أو كان سليماً فتعيب عند المرتهن ، سقط من الدين بمقدار ما نقص من قيمة الرهن بسبب هلاك بعضه أو تعيبه ، وكان الباقي من الرهن رهناً بالباقي من الدين .

إلا أنه إذا كان المرهون من الأموال الربوية بأن كان مكيلاً أو موزوناً ورهن بجنسه كسوار ذهب بليرات ذهبية وكسبيكة فضية بحلي من فضة ، ثم هلك ، فيهلك عند أبي حنيفة بمثله وزناً من الدين[2] ، وإن اختلف الرهن والدين في الجودة والصناعة ؛ لأنه لا عبرة بالجودة ، أي لا ينظر إليها عند المقابلة بالجنس في الأموال

(١) تبيين الحقائق : ٩١/٦ .

(٢) تكملة الفتح : ٢١٢/٨ ، تبيين الحقائق : ٧٤/٦ ، اللباب : ٥٧/٢ .

الربوية[1] . وإن رهنت بخلاف جنسها كقمح بذهب هلكت بقيمتها كسائر الأموال .

٢ـ مذهب الجمهور غير الحنفية في كيفية ضمان الرهن :

لا يضمن الرهن عند جمهور الفقهاء[2] إذا هلك بلا تعد ولا تقصير، وهو في يد المرتهن ، وإنما يضمن بالتعدي أو التقصير ،ولا يسقط شيء من الدين بتلف المرهون إلا أن المالكية ـ كما تقدم ـ ضمنوا المرتهن إذا كان الرهن مما يغاب عليه ، كالحلي والسلاح والثياب والكتب والسفينة وقت جريها ، ولم تقم بينة على هلاكه من غير تعد ولا تقصير ، وعندئذ يضمن قيمته بالغة مابلغت ، ويستمر الضمان إلى تسليم الرهن لصاحبه ، فلا يرفعه وفاء الدين ولا سقوطه . ويسقط حينئذ عندهم دين المرتهن إن كان مساوياً للرهن . ولديهم قولان في وقت تقدير قيمة المرهون : قول بتقديرها يوم الضياع (أي التغيب)وقول بتقديرها يوم الارتهان[3] .

ثالثاً ـ حكم استهلاك الرهن :

اتفقت المذاهب على وجوب ضمان الرهن باستهلاكه ، وعلى أن قيمة الضمان تحل محل المرهون ، واختلفوا في جزئيات مثل تحديد الخصم الذي يطالب بالضمان ، وتعيين وقت تقدير القيمة .

فقال الحنفية[4] : إذا استهلك أو أتلف الراهن الرهن ، ضمن قيمته إن كان قيمياً ،

---

(١) وقال الصاحبان : يضمن المرتهن قيمة المرهون من مال آخر خلاف جنسه ، ويحل الضمان مكان أصله في الرهن عند المرتهن .

(٢) المغني : ٣٩٦/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، الشرح الكبير : ٣٤٤/٣

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥٣/٣ . قال الدسوقي : هل تعتبر القيمة يوم الضياع أي وقت تغيبه ، أم يوم الارتهان ؟ قولان . ووفق بعضهم بين القولين بأن الأول هو ضمان قيمته يوم الضياع إذا كان قد ظهر عنده يوم ادعى التلف ، وأن الثاني ـ وهو ضمان قيمته يوم ارتهانه إذا لم يظهر عنده منذ ارتهنه إلى وقت ادعائه تلفه .

(٤) البدائع : ١٦٣/٦ ، تبيين الحقائق : ٨٧/٦ ، اللباب : ٦٠/٢

ومثله إن كان مثلياً ، يوم الاستهلاك أو الإتلاف (وقت التعدي) ويكون المرتهن هو الخصم الذي يطالب الراهن بالضمان ؛ لأنه صاحب الحق بحبس المرهون ، ويأخذ المرتهن المضمون (القيمة أو المثل) رهناً في يده ؛ لأنه قائم مقام أصل المرهون ، إلى حلول أجل الدين . فإن كان الدين حالاً ، أخذ المرتهن دينه كله من القيمة .

وإذا استهلك المرتهن الرهن أو أتلفه بتعدٍ أو تقصير من جهته ، ضمن قيمته إن كان قيمياً ، ومثله إن كان مثلياً ، والمعتبر قيمته يوم قبضه ؛ لأن المرهون دخل في ضمانه من يوم قبضه .

فإن أتلفه أجنبي ، ضمن قيمته يوم التعدي ، كما هو المقرر في اعتداء الراهن ؛ لأن نشوء الضمان كان بالتعدي .

وسواء أتلفه المرتهن أو الأجنبي أو الراهن يكون المضمون (مثلاً أو قيمة) رهناً مكان أصله ؛ لأنه بدله ، فيتعلق به حق المرتهن ، كما كان متعلقاً بأصله . ويكون الخصم في مطالبة الأجنبي أو الراهن بالضمان هو المرتهن ، ويعطى لمن كان أصل المرهون في يده ، من مرتهن أوعدل .

وقال الشافعية والحنابلة[1] : يضمن المتعدي على الرهن قيمته أو مثله ، وقت التعدي ، ويكون بدله رهناً مكانه ،ولو لم يقبض هذا الضمان ، حتى يظل المرتهن صاحب امتياز أو أفضلية على سائر الغرماء في مقدار بدل الرهن من تركة المتعدي .

والخصم في اقتضاء بدل الرهن : هو الراهن ؛ لأنه المالك ، ولكن يقبضه من كان الأصل في يده من مرتهن أو عدل .

وقال المالكية[2] : تكون قيمة الرهن عند ضمانه ، بسبب التعدي عليه من الراهن

---

(١) مغني المحتاج : ١٣٦/٢ ، ١٣٨ ، المغني : ٣٩٦/٤ ، كشاف القناع : ٣٢٨/٣

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٤٤/٣ ، ٢٥٣

أو من أجنبي إن لم يأت الراهن برهن مثل الأول . وتقدر القيمة يوم التعدي .

فإن كان المرتهن هو المتعدي على الرهن ، فيضمن قيمته يوم ضياعه (تغيبه) ، وقيل : يوم ارتهانه .

المطلب الثامن ـ بيع الرهن :

الكلام عن بيع المرهون يتطلب أموراً خمسة : ولاية البيع الاختياري والجبري ، وبيع ما يتسارع إليه الفساد ، وحق امتياز المرتهن ، واشتراط المرتهن تملك المرهون عند عدم الوفاء ، واستحقاق الرهن بعد بيعه .

أولاً ـ ولاية بيع المرهون :

أ ـ البيع الاختياري : اتفق الفقهاء على أن المرهون يظل ملكاً للراهن بعد تسليمه للمرتهن ، كما دلت السنة : « لا يغلق الرهن من صاحبه ».فتكون ولاية بيع المرهون للراهن ، لا لغيره ، لكن لتعلق حق المرتهن به ، وثبوت حق حبسه إياه عند الجمهور غير الشافعية ، وكونه أولى بماليته من الراهن ، يتوقف عند الحنفية والمالكية نفاذ بيعه على رضا المرتهن وإذنه ، مادام حقه قائماً ، فإذا انتهى هذا الحق ، نفذ البيع بانتهائه ، كما بينا في بحث التصرف بالرهن .

وعليه يكون للراهن باتفاق الفقهاء أن يبيع الرهن بإذن المرتهن . فإذا توفي الراهن ، كانت ولاية البيع لوصيه أو لوارثه ، كما يكون له في حال حياته ، أن يوكل في البيع غيره ، فيوكل المرتهن ، أو العدل ، أو أجنبياً آخر غيرهما .

وذكر الحنفية[1] فروقاً بين الوكالة المشروطة في عقد الرهن ، والوكالة المفردة الحادثة بعد عقد الرهن ، من هذه الفروق :

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي : ٨١/٦ وما بعدها

أن الوكالة المشروطة في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل فيها بعزل الموكل ولا بموت الراهن أو المرتهن ، ولا تقبل التقييد بعد الإطلاق ، ويجبر فيها الوكيل ببيع الرهن على بيعه إذا امتنع عنه ؛ لأن الوكالة صارت شرطاً أو وصفاً من شروط الرهن ، فتلزم بلزومه . بخلاف الوكالة المفردة في كل هذه الأحكام ، فإنها تنتهي بالعزل أو بموت الراهن والمرتهن ، ... إلخ ؛ لأنها لم تصر وصفاً من أوصاف الرهن ، ولم يتعلق بها حق المرتهن .

وأوضح المالكية[1] بعض الأمور في حالة إذن الراهن بالبيع ، فقالوا : ليس للعدل أو المرتهن بيع الرهن إلا بإذن الراهن ؛ لأن ولاية البيع له ، فإذا أذن الراهن لأحدهما بالبيع ، فإما أن يكون الإذن مطلقاً أو مقيداً .

فإن قيده بعدم وفاء الدين في وقت معين ، لم يجز لأحدهما بيعه قبل الوقت ، بل يجب الرجوع إلى القاضي ، ليبين أن الدين قد وفي أم لا .

وإن كان الإذن مطلقاً : فإن كان للعدل ، استقل حينئذ ببيعه بدون رجوع إلى القاضي . وإن كان للمرتهن ، فله البيع بدون الرجوع للقاضي إذا صدر الإذن بعد العقد ، أما إذا صدر حال العقد ، فلا يبيع إلا أن يرجع إلى القاضي ، حتى ترتفع شبهة إكراه الراهن على إصدار الإذن .

وينفذ البيع ، إذا لم يكن فيه غبن ، أما إن بيع بأقل من قيمته ، فللراهن أخذه من المشتري ، وإن تداولته الأيدي بأي ثمن شاء مما بيع به .

وقالوا كالحنفية : لا يملك الراهن ولا المرتهن عزل الوكيل في بيع الرهن ، كما لا يجوز له أن يعزل نفسه ، ولا ينعزل إلا باتفاقهما على عزله .

وكذلك قرر الشافعية والحنابلة[2] : أن ولاية البيع للراهن ، بإذن المرتهن ، فلا

---

(١) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٥٠/٣ وما بعدها

(٢) مغني المحتاج : ١٣٠/٢ ، المغني : ٣٦٢/٤ وما بعدها

يبيعه هو أو وكيله من غير إذنه ، إلا إذا تعنت ، فرفض أن يأذن بالبيع ، فيرفع الراهن الأمر للقاضي ، فيأمره بأن يأذن بالبيع أو يبرئ الراهن ، دفعاً للضرر عنه ، وإلا أذن القاضي للراهن بالبيع لوفاء الدين .

ب ـ البيع الجبري :

الرهن وثيقة بالدين كما بينا ، والهدف المقصود من الرهن هو الحصول على الدين من ثمن المرهون ، إذا لم يوف الراهن المدين بالدين عند حلول أجل الدين ، عن طريق بيع المرهون .

ويتم البيع في الأحوال العادية بواسطة الراهن أو وكيله ؛ لأنه هو المالك للمرهون .

وبناء عليه ، إذا حل أجل الدين ، طالب المرتهن الراهن بوفاء الدين ، فإن استجاب إلى طلبه ، فوفى ، فبها ونعمت ، وإن لم يستجب لمطل أو إعسار ، أو لغيبة ، أجبره القاضي على البيع باتفاق الفقهاء .

ويجبر القاضي عند الحنفية والمالكية وكيل الراهن على البيع ، كما قدمنا ، ولا يجبر عند الشافعية والحنابلة ؛ لأن الوكيل متفضل ، له أن يتخلى عن وكالته ، فلا يجبر على البيع ، وإنما يتم البيع بواسطة القاضي إذا كان الراهن غائباً ، أو كان حاضراً وأبى البيع .

ويطلب القاضي أولاً من الراهن الحاضر بيع المرهون ، فإن امتثل ، تم المقصود ، وإن امتنع ، باعه القاضي عند المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة بدون حاجة إلى إجباره بحبس أو ضرب أو تهديد[١] .

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٢٥١/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ١٣٤/٢ ، المهذب : ٣٠٧/١ ، كشاف القناع : ٣٣٠/٣ .

وقال أبو حنيفة : ليس للقاضي أن يبيع الرهن بدين المرتهن من غير رضا الراهن ، لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه بنفسه[1] .

وإذا وجد في مال المدين الراهن مال من جنس الدين ، وُفِّيَ الدين منه ، ولا حاجة حينئذ إلى البيع جبراً .

وإذا احتاج بيع المال المرهون إلى نفقات ، كانت على الراهن ؛ لأنه هو المالك ، وهو ملزم بقضاء الدين ، والبيع نتيجة لعدم وفائه .

ثانياً ـ بيع ما يتسارع إليه الفساد :

عرفنا فيما مضى أنه يصح رهن ما يسرع إليه الفساد من أنواع الفواكه ، فإن أمكن تجفيفه تجنباً لفساده ، جفف ، والمؤنة على الراهن ، ولا يطلب رضاه ؛ لأن الجفاف من مؤونته وحفظه وتبقيته ، وهو على الراهن . وإن كان مما لا يجفف : فللمرتهن أن يبيعه في الحال ؛ لأن بيعه ضروري لحفظه ، ولكن بإذن القاضي ؛ لأن له ولاية في مال غيره في الجملة ، فإن باع بغير إذنه ، ضمن لأنه لا ولاية له عليه .

فإن كان الدين حالاً ، يقضى من ثمنه ، وإن كان مؤجلاً ، يكون الثمن رهناً إلى وقت الحلول .

وإن كان لا يحل الدين قبل أوان فساده ، بل يحل بعد فساده أو معه ، فإنه يباع أيضاً ، ويجعل الثمن رهناً مكانه ، سواء شرط في عقد الرهن بيعه ، أو أطلق أي خلا العقد من الشرط[2] .

وخالف الشافعية في الصورة الأخيرة ، وهي ما إذا كان يحل بعد فساده ، أو

---

(١) البدائع : ١٤٨/٦ ، الدر المختار : ٣٥٩/٥ ، رد المحتار : ٣٥٧/٥ ، تكملة الفتح : ٢٢٢/٨ .

(٢) البدائع : ١٤٨/٦ ، الدر المختار : ١٥٧/٥ ، المغني : ٣٤١/٤ ، المهذب : ٣٠٨/١ ، مغني المحتاج : ١٢٣/٢ وما بعدها .

معه ، فقالوا : إن شرط في الرهن بيعه ، وجعل ثمنه رهناً مكانه ، صح الرهن ، ونفذ الشرط . وإن أطلق فعلى قولين ، وهما وجهان عند الحنابلة : أحدهما : لا يصح الرهن ، وهو الصحيح عند الشافعية ، وعكسه هو الأصح عند الحنابلة ، ودليل الشافعية أن بيع الرهن قبل حلول أجل الدين ، لا يقتضيه عقد الرهن ، فلا يجوز . وحينئذ إذا بقي الرهن على حاله إلى أن يفسد ، ذهبت الوثيقة[1] .

ثالثاً ـ حق امتياز المرتهن :

حق الامتياز : معناه أن يكون المرتهن أولى أو أحق بثمن المرهون من سائر الغرماء (الدائنين) حتى يستوفي حقه ، حياً كان الراهن أو ميتاً . ويثبت هذا الحق للمرتهن باتفاق الفقهاء[2] ما عدا الظاهرية بناء على تعلق حقه أو دينه بالمال المرهون ، وكون الرهن وثيقة بالدين ، وثبوت حق المرتهن في حبسه عند غير الشافعية (الجمهور) ، ومنع الراهن من التصرف بالرهن إلا بإذن المرتهن باتفاق المذاهب .

وعليه إذا ضاق مال الراهن عن وفاء ديونه ، وطالب الغرماء بديونهم ، أو حجر على المدين لإفلاسه عند مجيزي الحجر خلافاً لأبي حنيفة ، وأريد قسمة ماله بين غرمائه (دائنيه) ، فأول من يقدم هو المرتهن لاستيفاء حقه من ثمن المرهون ، أو من قيمته عند ضمانه عوضاً عنه من قيمة أو مثل ، أياً كان الضامن ، بسبب الإتلاف .

ولا يحق الاعتراض لباقي الغرماء ، ولهم أخذ ما فضل من الثمن ؛ لأن حق المرتهن متعلق بعين الرهن ، وذمة الراهن معاً ، فهو صاحب حق عيني ، وأما سائر الغرماء ،

---

(١) والقول الثاني وهو الراجح عند الحنابلة : يصح الرهن ، ويباع المرهون عند الإشراف على الفساد ؛ لأن الظاهر والذي يقتضيه العرف أن المالك لا يقصد برهنه مع الإطلاق إتلاف ماله ، فإذا تعين حفظه في بيعه ، حمل عليه مطلق العقد . وعزاه الرافعي في الشرح الصغير إلى تصحيح الأكثرين ، وقال الإسنوي : إن الفتوى عليه .

(٢) البدائع : ١٥٣/٦ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ١٣٤/٢ ، المغني : ٤٠٤/٤ وما بعدها .

فيتعلق حقهم بالذمة ، دون العين ، فكان حقه أقوى ، وحقهم شخصي فقط .

هذا إن كان ثمن المرهون كافياً لحق المرتهن ، ويفضل منه شيء ، فيوزع الفاضل أو الباقي على الغرماء بالتساوي ، فإن فضل من دين المرتهن شيء ، أخذ ثمن المرهون ، وساهم مع الغرماء ببقية دينه .

ويسدد دين المرتهن من ثمن المرهون ، إذا كان الدين حالاً ، فإن كان مؤجلاً ، وبيع الرهن لسبب من الأسباب التي تستوجب بيعه قبل حلول أجل الدين كما في بيع ما يسرع إليه الفساد ، فإن الثمن يبقى رهناً بدل أصله ، إلى أن يحل الدين .

رابعاً ـ اشتراط المرتهن تملكه للرهن عند عدم الوفاء (غَلاَق الرهن) :

اتفق جمهور الفقهاء[1] على أنه إذا شرط المرتهن في عقد الرهن أنه متى حل الدين ، ولم يوف ، فالمرهون له بالدين ، أو فهو مبيع له بالدين الذي على الراهن ، فهو شرط فاسد ، لقوله ﷺ : « لا يَغْلَق الرهن من صاحبه » . قال مالك : « لا يغلق الرهن » معناه ـ والله أعلم ـ لا يمنع من فكه ، والنهي عن الشيء يقتضي فساد المنهي عنه . وقال الأزهري : الغلق في الرهن : ضد الفك ، فإذا فك الراهن الرهن ، فقد أطلقه من وثاقه عند مرتهنه . وروى عبد الرزاق عن معمر : أنه فسر غلاق الرهن بما إذا قال الرجل : إن لم آتك بمالك ، فالرهن لك .

والخلاصة : أن المراد بالحديث : لا يستحق المرتهن الرهن ، إذا لم يُفْتَكّ في الوقت المشروط ، فلو هلك الرهن ، لم يذهب حق المرتهن ، وإنما يهلك من رب الرهن ، إذ له غنمه وعليه غرمه .

قال النووي في المنهاج وشراحه : ولو شرط كون المرهون مبيعاً له عند الحلول ،

---

(١) المغني : ٣٨٣/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ وما بعدها ، المنتقى على الموطأ : ٢٣٩/٥ ، نيل الأوطار : ٢٣٥/٥ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٣٧/٢ .

فسد ، أي الرهن لتأقيته ، والبيع لتعليقه . والمرهون قبل المَحِل أي وقت الحلول أمانة ؛ لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد ، وبعده مضمون بحكم الشراء الفاسد .

وهناك قول لأبي الخطاب من الحنابلة ، ولبعض الحنفية : أن الرهن لا يفسد بهذا الشرط ؛ لأن الحديث : « لا يغلق الرهن » نفى غلقه دون أصله ، فيدل على صحته ، ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط ، فمع بطلانه أولى أن يرضى به .

ورد ابن قدامة الحنبلي : أنه رهن بشرط فاسد ، فكان فاسداً ، كما لو شرط توقيته . وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد ، فلا يكون فيه حجة .

خامساً ـ استحقاق الرهن بعد بيعه :

قال الحنفية[1] : إذا ظهر كون الرهن بعد بيعه مستحقاً لغير الراهن ، فإما أن يكون المرهون المبيع موجوداً حين ادعاء الاستحقاق ، أو هالكاً .

فإن كان موجوداً ، أخذه المستحق إن أراد ؛ لأنه وجد عين ماله ، فلا يمنع عنه إلا بحق لزمه ، ولم يوجد . ويكون مشتريه حينئذ بالخيار : إن شاء رجع على من باعه إياه بما دفع إليه من ثمن ؛ لأنه هو العاقد ، وإن شاء رجع به على المرتهن إذا كان قد قبض الثمن ؛ لأن البيع قد انتقض بالاستحقاق ، وبطل أن يكون المدفوع ثمناً ، وقد وصل إلى يد المرتهن على هذا الأساس ، فيجب عليه رده ، ونقض قبضه حكماً .

وإذا كان البائع هو العدل ، رجع العدل بالثمن على الراهن ، إن شاء ؛ لأنه وكيل عنه في البيع ، فتلحقه العهدة بسبب الوكالة ، وبه يصح الوفاء بما دفع العدل للمرتهن .

وإن كان الرهن عند الاستحقاق هالكاً ، فإن المستحق بالخيار : إن شاء ضمن الراهن قيمته ؛ لأنه غاصب في حقه ، بأخذه ورهنه . وإن شاء ضمن العدل ؛ لأنه متعد

---

(١) تكملة فتح القدير : ٢٢٣/٨ ، الدر المختار : ٣٥٩/٥ وما بعدها .

في حقه بالبيع والتسليم . وإن شاء على ما يظهر ضمن المشتري لهلاك ملكه في يده .

فإن ضمن الراهنَ ، نفذ البيع ، وصح الوفاء ؛ لأن الراهن بأدائه الضمان ، ملك الشيء المضمون أي العين المرهونة ، ملكاً مستنداً إلى وقت الاعتداء ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وأمر ببيع ملك نفسه .

وإن ضمن العدلَ - البائعَ ، نفذ البيع أيضاً ؛ لأن العدل قد ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه قد باع ملك نفسه . وبتضمينه يرجع العدل بالخيار : إن شاء على الراهن بما ضمن ، لأنه وكيله ، وينفذ البيع ، ويصح الوفاء . وإن شاء على المرتهن بالثمن ، لا بالقيمة ؛ لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق ؛ لأن العين صارت ملكه بالضمان ، ونفذ بيعه بسبب تملكه ، وصار الثمن له ، وقد أداه إليه على حساب أنه للراهن ، لا له ، فيرجع به لهذا السبب ، وإذا رجع بطل الوفاء ، ويرجع المرتهن على الراهن بدينه .

وإن ضمن المشتري ، رجع بالثمن على العدل ؛ لأنه البائع له ، ويرجع العدل به على الراهن ؛ لأن العهدة عليه ، وبه يصح الوفاء ، إن وصل إلى المرتهن .

المطلب التاسع - تسليم المرهون :

للمرتهن عند الجمهور غير الشافعية كما بينا حق الحبس الدائم للمرهون حتى يستوفي دينه ، ليضطر المدين إلى تسديد دينه ، لاسترداد المرهون ، لحاجته إليه ، والانتفاع به . وللمرتهن أيضاً عند حلول أجل الدين المطالبة بدينه ، مع بقاء الرهن تحت يده[1] .

وعلى المرتهن تسليم المرهون لصاحبه إما بانتهاء الدين ، أو بانتهاء عقد الرهن . **وانتهاء الدين :** يكون بأسباب كالإبراء من الدين أو هبته أو وفاء الدين ، أو شراء سلعة من الراهن بالدين ، أو إحالة الراهن المرتهن على غيره .

---

(١) تكملة فتح القدير : ١٩٨/٨ .

فإذا بقي المرهون في يد المرتهن بعدئذ ، كان وديعة عند الشافعية والحنابلة[1] .

ويبقى وديعة عند أبي حنيفة إذا كان انتهاء الدين بالإبراء أو بالهبة . فإن كان بغيرهما كالوفاء بأدائه ، أو بشراء سلعة به من الراهن ، أو بواسطة الإحالة ، فيظل المرهون مضموناً استحساناً ، كما كان قبل ، فإذا هلك يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين .

وسبب التفرقة بين الحالين أن الدين بالإبراء أو الهبة للمدين ، يسقط نهائياً ، فيزول ضمان الرهن . أما في الوفاء فلا يسقط ، وإنما يثبت في ذمة الدائن دين مثله ، يمنع الدائن من المطالبة به ، وتحدث المقاصة بين الدينين ، وإذا ظل الدين قائماً في ذمة المدين ، ظل الضمان به قائماً[2] .

وقال المالكية[3] : إذا كان الرهن مما يغاب عليه (يمكن إخفاؤه) كالحلي والكتب والثياب والسلاح ، والسفن وقت جريها ، لزم المرتهن أن يقوم برده عند انقضاء الدين ، وإلا استمر ضامناً ؛ لأن الرهن بعد الوفاء ليس كالوديعة ؛ لأن الوديعة عقد يتم لمنفعة المودع ، وعقد الرهن يتم لمنفعة العاقدين جميعاً ، فإذا طلب الراهن إبقاء المرهون بعد إيفاء الدين عند المرتهن ، كان أمانة .

وانقضاء عقد الرهن أو انتهاؤه : يكون بأسباب كالإبراء والهبة والوفاء ، أو بالفسخ قبل سقوط الدين وزواله . وقد ينتهي إذا تبين أن لا دين عند إنشاء الرهن ، وسنفصل تلك الأسباب .

فإذا رد المال المرهون إلى الراهن نتيجة لانتهاء عقد الرهن ، فلا خلاف في أنه لا يبقى للرهن أثر في هذه الحال .

---

(١) المغني : ٣٩٧/٤ ، مغني المحتاج : ١٣٦/٢ .

(٢) تكملة الفتح : ٢٤٣/٨ ، تبيين الحقائق : ٩٦/٦ .

(٣) الشرح الكبير : ٢٥٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ .

أمـا إن بقي المرهـون عنـد المرتهن ، سـواء أكان هنـاك دين وانتهى ، أم تبين أن لا دين ، أم تصادق الراهن والمرتهن على أنه لم يكن دين عنـد الرهن ، فهو أمـانـة عنـد الشافعية والحنابلة .

وكذلك هو أمانة عند المالكية إن تصادق الراهن والمرتهن على عدم وجود الدين عند الرهن .

أمـا الحنفيـة[1] فيرون في حـالـة التصـادق هـذه أن ضمان المرتهن يستمر إذا كان التصادق بعـد هلاك الرهن . فـإن كان التصـادق والرهن قـائم ، ثم هلـك ، فـاختلف الحنفيـة : فـذهب بعضهم إلى أن الرهن يرتفع ، ويصبح المـال المرهـون أمـانـة في يـد المرتهن . وذهب آخرون إلى أن الضمان يستمر مـا بقي المـال المرهـون في يـد المرتهن ، والرأي الأول أرجح .

وأما حالات غير التصادق ، فكما بينا في حالة انتهاء الدين .

متى يتم تسليم المرهـون ؟ : يسلم الراهن الـدين أولاً ، ثم يسلم المرتهن المرهـون ، كتسليم المبيـع والثمن في البيـع ، يسلم الثمن أولاً ، ثم يسلم المبيـع ؛ لأن حـق المرتهن يتعين بتسلم الـدين ، وحـق الراهن متعين في تسلم المرهـون ، فيتم التسليم على هذا الترتيب تحقيقاً للتسوية بين الراهن والمرتهن[2] .

وإذا سلم الراهن بعض الـدين يظل المرهون كلـه رهنـاً بحـالـه على مـا بقي من الدين باتفاق المذاهب الأربعة[3] ؛ لأن الرهن كله وثيقـة بـالـدين كلـه ، وهو محبوس بكل الحق ، والحبس بالدين الـذي هو موجب الرهن لا يتجزأ ، فيكون محبوساً بكل

(١) الدر المختار : ٣٧٣/٥ وما بعدها .

(٢) تكملة الفتح : ١٩٨/٨ ، ٢٠٠ .

(٣) الدر المختار : ٢٥٤/٥ ، اللباب : ٦٣/٢ وما بعدها ، البدائع : ١٥٢/٦ ، تكملة الفتح : ٢٠٠/٨ ، بداية المجتهد : ٢٧٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، مغني المحتاج : ١٤١/٢ ، المغني : ٣٦١/٤ .

جزء من الدين ، لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين ، سواء أكان الرهن مما يمكن قسمته أم لا يمكن .

مكان تسليم المرهون : قال الحنفية[1] : إما أن يكون للرهن حمل ومؤنة أو لا .

أ ـ فإن كان للرهن حمل ومؤنة ، وطالب المرتهن بإيفاء دينه في غير البلد الذي تم فيه العقد ، فإنه يؤدى دينه ، ولا يكلف إحضار المرهون ؛ لأنه يتطلب نفقة ، وإنما يجب عليه فقط تسليم المرهون بمعنى التخلية بينه وبين الراهن ، لا النقل من مكان إلى آخر ؛ لأنه يتضرر به ، ولم يلتزمه في العقد .

ب ـ وإن لم يكن للرهن حمل ومؤنة ، يؤمر المرتهن بإحضار الرهن ؛ لأن الأماكن كلها في حق تسليم ما لا حمل له ولا مؤنة ، كمكان واحد ، وعليه لا يشترط بيان مكان الإيفاء في الرهن ومثله كعقد السلم .

ويلاحظ من هذا التفصيل أن المرتهن يكلف بإحضار الرهن إذا كانت المطالبة بالدين في بلد العقد ، سواء أكان الرهن محتاجاً لحمل ومؤنة أم لا .

لكن عقب ابن عابدين على هذا بأن فيه نظراً ؛ لأن الواجب على المرتهن التخلية ، لا النقل ، وهذا المتبادر من كلام المؤلفين يخالف ما في البزازية حيث قال : إن لم يلحقه مؤنة في الإحضار يؤمر به ، وإن كان مما يلحقه مؤنة ، بأن كان في موضع آخر ، لا يؤمر به .

ثانياً ـ أحكام الرهن الفاسد :

عرفنا مما سبق أن أهم أحكام الرهن الصحيح : هو اختصاص المرتهن بالرهن ، دون سائر الغرماء ، وحق حبسه وضمانه عند الحنفية .

---

(١) تكملة الفتح : ١٩٨/٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٤٣/٥ وما بعدها .

وقد اتفق أئمة المذاهب على أن الرهن غير الصحيح باطلاً أو فاسداً لا حكم له حال وجود المرهون ، فلا يثبت للمرتهن حق الحبس ، وللراهن أن يسترد المرهون منه ، فإن منعه حتى هلك صار غاصباً ، فيضمن مثله إن كان له مثل ، وقيمته إن لم يكن له مثل ، كضمان المغصوب .

وإن هلك المرهون المقبوض بيد المرتهن بناء على عقد غير صحيح ، مثل : رهن المشاع عند الحنفية ، فإنه يهلك عندهم[1] هلاك الرهن ، أي بالأقل من قيمته ومن الدين ، وهو الرأي الأصح . وقال الكرخي : إنه يهلك هلاك الأمانة ؛ لأن الرهن إذا لم يصح ، كان القبض قبض أمانة ؛ لأنه قبض بإذن المالك ، فأشبه قبض الوديعة .

ومن مات وله غرماء ، فالمرتهن في الرهن الفاسد أحق به ، كما في الرهن الصحيح .

والمالكية في الجملة كالحنفية ، قالوا[2] : إذا قبض المرتهن المرهون بناء على عقد فاسد ، فالمرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء ، حتى يقبض حقه .

وإذا هلك المرهون في يد المرتهن بعقد فاسد ، فحكم هلاكه مثل حكم هلاك المرهون فيما إذا كان العقد صحيحاً .

أما حق الاحتباس ، فيظهر أنه ثابت للمرتهن بناء على ثبوت حق امتيازه ، لكن ليس له بناء على عقد فاسد طلب المرهون وتسلمه من الراهن .

وقال الشافعية والحنابلة[3] : حكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان وعدمه ؛ لأن العقد إن اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم ، كالبيع والإعارة ، ففاسده أولى ، فالمبيع بعقد صحيح مضمون ، فكذا المقبوض ببيع فاسد . وإن اقتضى العقد الصحيح

---

(١) البدائع : ١٦٣/٦ ، الدر المختار : ٣٦٥/٥ ، ٣٧٤ .

(٢) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٣٧/٣ ، ٢٤١ ، ٢٤٧ .

(٣) مغني المحتاج : ١٣٧/٢ ، كشاف القناع : ٣٢٩/٣ ، المغني : ٣٨١/٤ .

عدم الضمان كالرهن ، والهبة بلا ثواب ، والعين المستأجرة ، ففاسده كذلك ؛ لأن واضع اليد أثبتها بإذن مالكها ، ولم يلتزم بالعقد ضماناً .

وعليه إذا فسد الرهن كالمرهون المحرم ، والمجهول ، والمعدوم ، وما لا يقدر على تسليمه ، أو غير المعين ، وقبضه المرتهن ، فلا ضمان عليه إن تلف بيده ؛ لأن الرهن الصحيح غير مضمون ، ففاسده كذلك .

المبحث الرابع ـ نماء الرهن أو زوائده :

يشمل الرهن نماء المرهون ويتعلق الدين المرهون به بزوائد المرهون عند الفقهاء على تفصيل بينهم في التضييق والتوسع ، ولكنهم متفقون على أن النماء ملك للراهن ، لأنه مالك للأصل ، وهذا نماء ملكه .

١ ـ فقال الحنفية[1] : يدخل في الرهن كل زيادة متولدة من الأصل متصلة به كالثمر واللبن والصوف ، أو منفصلة عنه كالولد ، فيكون رهناً مع الأصل ؛ لأنه تبع له ، والرهن حق لازم ، فيسري إليه .

ولا يدخل في الرهن الزيادة غير المتولدة ، كالأجرة ، وغلة الأرض ، فلا تكون رهناً مع أصلها ، وإنما هي للراهن خالصة ، فلا يتعلق بها الدين ، لأنها نتيجة تعاقد بين مالك الرهن وغيره ، لا متولدة من المال ، فكانت خالصة لمن استحقها بالعقد ، وهو مذهب المالكية والشافعية أيضاً .

٢ ـ وقال المالكية[2] : يدخل في الرهن كل زيادة متولدة متصلة لا تنفصل ، كالسمن والجمال ، أو منفصلة متناسلة كالولد والنتاج وفسيل النخيل أو الشجر ؛ لأنه

(١) تكملة الفتح : ٢٤٠/٨ ، الدر المختار : ٣٦٥/٥ ، ٣٧٠ ، تبيين الحقائق : ٩٤/٦ ، اللباب : ٦٢/٢ ، البدائع : ١٥٢/٦ .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤٤/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٤ ، بداية المجتهد : ٢٧٢/٢ .

كولد الحيوان ، ونحوه مما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، ويدخل أيضاً صوف الغنم إذا كان وقت الرهن قد تم على ظهرها تبعاً لها ، وإلا لم يدخل .

أما مالم يكن على خلقة المرهون وصورته ، فلا يدخل في الرهن ؛ سواء أكان متولداً عنه كثمر الشجر أو النخل واللبن ، أم غير متولد ككراء الدار وسائر الغلات .

٣ ـ وقال الشافعية[١] : يدخل في الرهن الزيادة المتصلة أي الزيادة الوصفية كالسمن والكبر والجمال ونمو الثمر ، لأنها تتبع أصلها ، لعدم تميزها عنه . ولا يدخل في الرهن أي زيادة منفصلة أو نماء متميز كثمرة وولد وصوف وشعر ولبن وبيض أو أجرة دار ، لحديث أبي هريرة المتقدم : « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » والنماء من الغنم ، فوجب أن يكون له . ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن رقبة المرهون ، فلا يسري إلى النماء المتميز كالإجارة .

٤ ـ وقال الحنابلة[٢] : إن جميع نماء الرهن وغلاته ، متصلاً أو منفصلاً ، متولداً أو غير متولد ، غلة أو غيرها ، يكون رهناً في يد المرتهن ، أو نائبه ، وتباع مع الأصل ، وفاء للدين إن دعت الحاجة إلى بيعه ؛ لأن تعلق الدين بالمال المرهون يثبت فيه بعقد ، فيدخل فيه النماء والمنافع ، كما في البيع ، ولأن النماء المنفصل متولد من عين مرهونة ، فيكون حكمه حكم المتصل بها ، فيسري إليه حكم الرهن .

والخلاصة : أن مذهب الحنابلة موسع ، يلحق نماء الرهن وزياداته في الرهنية مطلقاً ، ثم يليهم الحنفية الذين يلحقون بالرهن النماء المتولد المنفصل أو المتصل ، دون غير المتولد ، ثم يليهم المالكية الذين يلحقون بالرهن النماء المنفصل الذي ليس في معنى الغلة كالولد والفسيل والصوف التام وقت الرهن ، دون المتولد المنفصل الذي فيه معنى الغلة . ثم يليهم الشافعية الذين يلحقون بالرهن الزيادة الوصفية فقط ، ولا يدخل في الرهنية أي زيادة منفصلة .

---

(١) مغني المحتاج : ١٣٩/٢ ، المهذب : ٣١٠/١ وما بعدها .

(٢) المغني : ٣٨٨/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٢٦/٣ .

المبحث الخامس ـ الزيادة على الرهن أو على الدين المرهون به :

الزيادة في الرهن : بأن يضم إلى المرهون عيناً أخرى تصير معها رهناً بالدين المرهون به ، كأن يستدين من شخص مئة ، يرهن بها ثوباً ، ثم يزيد الراهن عليه ثوباً آخر أو كتاباً ، ليكون مع الأول رهناً بالمئة . وهي جائزة عند الجمهور ؛ لأنها زيادة في التوثيق ، وهو الغرض من الرهن .

وقال زفر : لا تجوز ، لأنها تؤدي إلى الشيوع في الدين ؛ لأنه لا بد للرهن الثاني من أن تكون له حصة من الدين ، فيخرج من الرهن الأول بقدره من أن يكون رهناً ، وهو شائع ، والشيوع مفسد للرهن . ورد عليه بأن الشيوع في الدين غير مانع من صحة الرهن . ويقسم الدين على الأصل وعلى الزيادة بحسب قيمتها يوم القبض .

وأما الزيادة في الدين المرهون به : فهي أن يقترض الراهن من المرتهن قرضاً آخر على رهن واحد ، كأن يقترض منه ألفاً ويرهنه سجادة ، ثم يقترض منه ألفاً آخر على أن تكون السجادة رهناً بالألفين .

وللفقهاء رأيان فيها :

أ ـ لا تجوز الزيادة في الدين عند أبي حنيفة ومحمد ، والحنابلة ، وفي قول للشافعي ؛ لأنها رهن ثان ، أو رهن مرهون ، ولا يجوز رهن المرهون ، لتعلق الدين الأول به كاملاً .

ب ـ وقال مالك وأبو يوسف ، وأبو ثور والمزني وابن المنذر : تجوز الزيادة ، لأنه لو زاده رهناً جاز ، فكذلك إذا زاد في دين الرهن ، ولأن الزيادة في الدين فسخ للرهن الأول ، وإنشاء رهن جديد بالدينين جميعاً ، وهو جائز اتفاقاً[1] .

---

(١) تكملة الفتح : ٢٤١/٨ ، الدر المختار : ٣٧٢/٥ ، تبيين الحقائق : ٩٥/٦ ، اللباب : ٦٢/٢ ، كشاف القناع : ٣٠٩/٣ ، المغني : ٣٤٧/٤ وما بعدها .

المبحث السادس ـ انتهاء عقد الرهن :

ينتهي عقد الرهن بحالات كالإبراء والهبة ووفاء الدين ونحوها ، وهي ما يأتي :

١ً ـ تسليم المرهون لصاحبه : ينتهي به الرهن عند الجمهور غير الشافعية ؛ لأنه وثيقة بالدين فإذا سلم المرهون ، لم يعد الاستيثاق قائماً ، فينتهي الرهن ، كما ينتهي عند الجمهور بإعارة المرتهن المرهون للراهن ، أو لغيره بإذنه .

٢ً ـ تسديد الدين كله : إذا وفى الراهن الدين المرهون به ، انتهى الرهن .

٣ً ـ البيع الجبري : الصادر من الراهن بأمر القاضي ، أو من القاضي إذا أبى الراهن البيع ، فإذا بيع المرهون وفي الدين من ثمنه ، وزال الرهن .

أما البيع الاختياري الحاصل من الراهن بإذن المرتهن ، فإن كان بعد حلول أجل الدين ، تعلق الحق بثمنه . وإن كان قبل حلوله ، تعلق الحق أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد بالثمن ، فيصبح رهناً ؛ لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن ، فوجب أن يثبت حقه فيه ، كما لو حل الدين .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يبطل الرهن ببيع المرهون ، ولم يكن على الراهن عوضه ، ويبقى الدين بلا رهن[(١)] .

٤ً ـ البراءة من الدين بأي وجه ، ولو بحوالة المرتهن على مدين للراهن . ولو اعتاض المرتهن عن الدين عيناً أخرى غير الأولى ، انفك الرهن[(٢)] .

٥ً ـ فسخ الرهن من قبل المرتهن ، ولو بدون الراهن ؛ لأن الحق له ، والرهن جائز غير لازم من جهة . ولا ينتهي الرهن بفسخه من الراهن ، للزومه من جهته[(٣)] .

---

(١) المغني : ٤٠٣/٤ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٢٤٢/٣

(٢) مغني المحتاج : ١٤١/٢

(٣) مغني المحتاج : ١٤١/٢

ويشترط الحنفية لانفساخ الرهن بقول المرتهن رد المال المرهون إلى الراهن ؛ لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ، فكذا فسخه لا يتم إلا بالقبض ، عن طريق المال المرهون إلى الراهن .

ويبطل الرهن عند المالكية بترك الرهن في يد الراهن حتى باعه ؛ لأن تركه على هذا الوضع كتسليم المرتهن بالأمر ، فصار في معنى الفسخ[1] .

٦ً ـ يبطل الرهن عند المالكية[2] قبل قبضه بموت الراهن أو إفلاسه ، أو قيام الغرماء بمطالبته بأداء الدين ، أو برفع أمره إلى الحاكم يطلبون الحجر عليه ، أو بمرضه أو بجنونه المتصلين بوفاته ؛ لأن الرهن يلزم عندهم بمجرد الإيجاب والقبول .

ويبطل الرهن أيضاً عند الحنفية بموت الراهن أو المرتهن قبل التسليم ، ولا يبطل بإفلاس الراهن ، ولا يبطل الرهن عند الشافعية والحنابلة بوفاة الراهن أو المرتهن ، قبل التسليم ، ولا بجنون أحدهما ، ولا بإفلاس الراهن . أما بعد قبض المرهون فلا يبطل الرهن بالاتفاق بموت الراهن أو المرتهن ، أو بإفلاس الراهن .

٧ً ـ هلاك المرهون : ينتهي عقد الرهان باتفاق الفقهاء بهلاك المال المرهون ، سواء عند الجمهور القائلين بأن المرهون أمانة غير مضمونة على المرتهن إلا بالتعدي أو التقصير ، أو عند الحنفية القائلين بأن المرهون بالنسبة لماليته مضمون إذا هلك بالأقل من قيمته ومن الدين ، لانعدام محل العقد .

٨ً ـ التصرف بالمرهون بالإجارة أو بالهبة أو الصدقة : ينتهي الرهن إذا أقدم كل من الراهن أو المرتهن على إجارة الرهن أو هبته أو التصدق به أو بيعه لأجنبي بإذن صاحبه . كما ينقضي باستئجار المرتهن العين المرهونة من الراهن إذا جدد القبض بناء على الإجارة .

---

(١) الشرح الكبير : ٢٤٢/٣ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤١/٣ وما بعدها .

أما البيع من المرتهن للراهن فلا ينقضي به الرهن ؛ لأن للمال المرهون خلفاً ، هو الثمن ، فيحل الثمن محل أصله في الرهنية[1] ، كما بينا في بحث التصرف بالرهن .

المبحث السابع ـ اختلاف الراهن والمرتهن

هذا المبحث يتعلق بدور القاضي أو غيره في توزيع عبء الإثبات على الطرفين المتنازعين في قضايا الرهن أو الدين المرهون به .

أ ـ إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق أو الدين المرهون به ، فقال الراهن : رهنتك متاعي بألف ، فقال المرتهن : بل بألفين ، فقال الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) : القول قول الراهن بيمينه ؛ لأنه منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن ، والقول قول المنكر ، لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم ، لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه »[2] . والراهن هنا مدعى عليه ، والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة .

وقال المالكية : القول قول المرتهن ، إلا فيما زاد على قيمة الرهن ، فالقول قول الراهن ؛ لأن المرتهن ، وإن كان مدعياً ، فله ههنا شبهة ، بنقل اليمين إلى حيِّزه ، وهو كون الرهن شاهداً له لأنه أكثر من قدر المرهون به . ومن أصول مالك : أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة .

وهذا لا يلزم عند الجمهور ؛ لأنه قد يرهن الراهن الشيء ، وقيمته ليست أكثر من المرهون فيه .

ولا خلاف في أنه إن اختلف المتراهنان في قدر الرهن ، فقال الراهن : رهنتك

---

(١) الدر المختار : ٥/٣٦٤

(٢) رواه مسلم والبخاري عن ابن عباس . ورواه البيهقي بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » (الأربعين النووية)

هذا الشيء ، فقال المرتهن : بل هو وشيء آخر ، فالقول قول الراهن ؛ لأنه منكر[1] .

ب ـ إذا اختلف المتراهنان في تلف العين المرهونة ، فقال المرتهن : هلكت ، ولم يذكر سبباً ، فالقول باتفاق أئمة المذاهب قول المرتهن بيمينه ؛ لأنه أمين[2] .

والقول للمرتهن أيضاً إذا اختلفا في مقدار قيمة المرهون بعد هلاكه ؛ لأنه غارم[3] .

فإن اختلفا في قدر قيمة المرهون يوم الرهن ، أو في أصل الرهن ، هل هو موجود أم لا ، فالقول قول الراهن بيمينه[4] ، كالاختلاف في قدر الرهن .

ج ـ إن اختلف المتراهنان في قبض المرهون ، هل حدث أم لا ، فالقول عند الحنفية والشافعية للراهن بيمينه ، سواء أكان في يد الراهن أم في يد المرتهن ؛ لأن الأصل عدم لزوم الرهن ، وعدم إذنه في القبض .

وقال الحنابلة : القول قول صاحب اليد في حالة الاختلاف في القبض ، فإن كان بيد الراهن فالقول له ؛ لأن الأصل عدم القبض ، وإن كان بيد المرتهن فالقول له ؛ لأن الظاهر قبضه بحق . فإن اختلفا في الإذن في القبض ، فقال الراهن : أخذت المرهون بغير إذني ، فلم يلزم ، وقال المرتهن : بل أخذته بإذنك ، وهو الآن في يد المرتهن ، فالقول للراهن ؛ لأنه منكر[5] .

د ـ إن اختلفا في وقت هلاك الرهن ، فقال المرتهن : هلك في وقت العمل ،

---

(١) البدائع : ١٧٤/٦ ، تكملة الفتح : ٢٣١/٨ ، بداية المجتهد : ٢٧٤/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٥ ، مغني المحتاج : ١٤٢/٢ ، المهذب : ٣١٦/١ وما بعدها ، المغني : ٣٩٨/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٣٩/٣

(٢) البدائع : ١٥٤/٦ ، بداية المجتهد : ٢٧٥/٢ ، الشرح الكبير : ٢٦٠/٣ ، مغني المحتاج : ١٣٨/٢ ، المهذب : ٣١٩/١ ، كشاف القناع : ٣٤٠/٣ .

(٣) المراجع السابقة ، المغني : ٣٩٨/٤ ، البدائع : ١٧٤/٦

(٤) البدائع : ١٧٤/٦ ، مغني المحتاج : ١٤٢/٢

(٥) المراجع السابقة ، كشاف القناع : ٣٢١/٣

وقال الراهن : هلك في غير وقت العمل ، فالقول للمرتهن عند الحنفية ؛ لأنه منكر ، والبينة للراهن[1] .

هـ - قال الحنفية : إن اختلفا في نوع المرهون ، فقال الراهن : الرهن غير هذا ، وقال المرتهن : بل هذا هو الذي رهنته عندي ، فالقول للمرتهن ؛ لأنه القابض[2] . والقول للمرتهن أيضاً إن حدث اختلاف في مقدار ثمن بيع المرهون ، أو في بيعه بثمن المثل أم لا ؛ لأن المرهون خرج عن كونه رهناً بالمبيع ، وتحول الضمان إلى الثمن ، والراهن يدعي زيادة الضمان ، والمرتهن ينكر ، فكان القول قوله[3] .

و - قال المالكية[4] : إذا تنازع الراهن والمرتهن في كيفية وضع الرهن ، فقال الراهن مثلاً : يوضع على يد أمين ، وقال المرتهن : يوضع عندي ، أو بالعكس ، فالقول قول من طلب وضعه عند الأمين .

---

(١) الدر المختار : ٣٦٤/٥

(٢) الدر المختار : ٣٤٧/٥

(٣) البدائع : ١٧٤/٦

(٤) الشرح الكبير : ٢٤٤/٣

الفصل الثالث عشر

الصُّلح

خطة الموضوع :

نتكلم عن عقد الصلح في المباحث الآتية :

المبحث الأول ـ تعريف الصلح ومشروعيته وأنواعه وركنه

المبحث الثاني ـ شروط الصلح

المبحث الثالث ـ حكم الصلح

المبحث الرابع ـ مبطلات عقد الصلح وحكمه بعد البطلان . ونبدأ بأولها :

المبحث الأول ـ تعريف الصلح ومشروعيته وأنواعه وركنه :

تعريف الصلح :الصلح لغة : قطع النزاع . وشرعاً : عقد وضع لرفع المنازعة[1] . وبعبارة أخرى عند الحنابلة : معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين . ولا يقع غالباً إلا بالأقل من المدعى به على سبيل المداراة لبلوغ الغرض[2] .

والمقصود من الكلام هنا هو الصلح في المعاملات بين الناس ، لا الصلح بين

---

(١) نتائج الأفكار : تكملة فتح القدير : ٢٣/٧ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٢٩/٥ ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ ، مغني المحتاج : ١٧٧/٢ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ٧٠/٢

(٢) المغني : ٤٧٦/٤ ، غاية المنتهى : ١١٨/٢

المسلمين والكفار ، ولا الصلح بين الإمام والبغاة ، ولا الصلح بين الزوجين عند الشقاق .

مشروعيته : الصلح بين الناس مندوب ، ولابأس بأن يشير الحاكم بالصلح على الخصوم ، ولا يجبرهم عليه ، ولا يلح فيه إلحاحاً يشبه الإلزام ، وإنما يندبهم إلى الصلح مالم يتبين له أن الحق لأحدهما ، فإن تبين له أنفذ الحكم لصاحب الحق .والصلح مشروع بالكتاب والسنة والإجماع[1] :

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ والصلح خير﴾ الوارد عقب ذكر مشروعية الصلح بين الزوجين . قال تعالى : ﴿ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً ، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً ، والصلح خير﴾ .

وأما السنة : فهو ما روي عن النبي ﷺ مرفوعاً ، وموقوفاً على عمر ، وهو : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » رواه ابن حبان وصححه[2] . مثال ما أحل حراماً : الصلح على حل الخمر ، ومثال ما حرم حلالاً : الصلح على ألا يطأ الزوج الضرة وهي امرأته الأخرى .

وأما الإجماع : فقد أجمع العلماء على مشروعية الصلح ، لكونه من أكثر العقود فائدة ، لما فيه من قطع النزاع والشقاق[3] . ولا يقع الصلح في الغالب إلا من رتبة لما هو دونها ، على سبيل المداراة للوصول إلى بعض الحق .

أنواع الصلح : يكون الصلح بين مسلمين وأهل حرب بعقد الذمة أو الهدنة أو

---

(١) المبسوط : ١٢٣/٢٠ ، مغني المحتاج : ١٧٧/٢ ، المغني : ٤٧٦/٤ ، كشاف القناع : ٣٧٨/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٧

(٢) قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وقد سبق تخريجه في بحث الوديعة عن أبي هريرة عند أبي داود ، والحاكم وابن حبان ، وعن عمرو بن عوف عند الترمذي وابن ماجه والحاكم (راجع نصب الراية : ١١٢/٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٤٩ ، نيل الأوطار : ٢٥٤/٥) .

(٣) لذلك أبيح فيه الكذب

الأمان ، وبين أهل بغي وأهل عدل ، وبين زوجين إذا خيف الشقاق بينهما أو خافت المرأة إعراض زوجها عنها ، وبين متخاصمين في غير مال ، وبين متخاصمين في المال ، وهذا هو محل بحثنا هنا ، وقسمه المالكية قسمين : صلح إسقاط وإبراء وهو جائز مطلقاً ، وصلح على عوض ، وهذا يجوز إلا إن أدى إلى حرام ، وحكمه حكم البيع . والصلح في الأموال قسمان : أحدهما ـ أن يجري بين المدعي والمدعى عليه . وثانيهما ـ أن يجري بين المدعي والأجنبي أي الشخص الآخر غير المدعى عليه .

وكل واحد من هذين القسمين أنواع ثلاثة :

١ ـ صلح مع إقرار المدعى عليه : وهو أن يدعي شخص على شخص شيئاً ، فيقر به المدعى عليه ، ثم يصالح المدعي عنه على عين غير المدعاة كدار ، أو على منفعة لغير العين المدعاة ، كخدمة في مكان مدة معينة أو سكنى دار أو على بعض العين المدعاة كربع الدار ، وهو جائز باتفاق المسلمين[1] .

وهذا الصلح إن وقع عن مال بمال أي إن وقع على عين غير المدعاة كثوب بدلاً عن بساط فهو كالبيع لوجود معنى البيع فيه ـ وهو مبادلة المال بالمال ـ في حق المتعاقدين بتراضيهما . فتجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ، ويرد بالعيب ، ويثبت فيه خيار الشرط ، ويفسده جهالة العوض أو البدل ، لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه ؛ لأنه يسقط بالصلح . ويشترط القدرة على تسليم البدل .

وإن وقع هذا الصلح عن مال بمنافع كسكنى دار ، فله حكم الإجارة لوجود معنى الإجارة ، وهو تمليك المنافع بمال . والاعتبار في العقود لمعانيها ، فيشترط التوقيت فيها ، ويبطل العقد بموت أحد العاقدين في أثناء مدة الإجارة لأنه إجارة .

---

(١) المبسوط : ١٣٩/٢٠ ، البدائع : ٤٠/٦ ، تكملة فتح القدير :٢٤/٧ ، تبيين الحقائق : ٣٠/٥ ، بداية المجتهد : ٢٩٠/٢ ، الشرح الكبير : ٣٠٩/٣ ، مغني المحتاج : ١٧٧/٢ ، المهذب : ٣٣٣/١ ، المغني : ٤٨٢/٤ ، غاية المنتهى : ١١٨/٢ ، الكتاب مع اللباب : ١٦٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٨

٢ ـ صلح مع إنكار المدعى عليه : وهو أن يكون للمدعي حق لا يعلمه المدعى عليه ، كأن يدعي شخص على آخر شيئاً ، فينكره المدعى عليه ، ثم يصالح عنه ببعض الحق المدعى به ، وهذا هو الغالب في منازعات الناس ، وهو جائز عند المالكية والحنفية والحنابلة ، وغير جائز عند الشافعية وابن أبي ليلى[1] . وجوازه عند القائلين به مشروط بأن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق ، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيدفع إلى المدعي شيئاً قطعاً للخصومة[2] .

وصورة الصلح على الإنكار : صالح فلان فلاناً على جميع الدار الفلانية التي ادعى المصالح الأول على الثاني استحقاقها من وجه شرعي ، وأنكر المدعى عليه الاستحقاق ، وطلب من المدعى عليه يمينه على استحقاقها ، فرأى أن يصالحه عن هذه الدعوى بمال ، افتداء ليمينه ، ودفعاً للخصومة ، وقطعاً للمنازعة ، فاصطلحا عن المدعى به ، مع الإنكار لصحة الدعوى ، واعتقاده بطلانها ، وإصراره على الإنكار إلى حين هذ الصلح وبعده ، ودفع إليه مبلغ كذا وكذا ، فقبضه منه قبضاً شرعياً ...إلخ[3] .

استدل الفريق الأول وهم الجمهور بعموم قوله تعالى : ﴿ والصلح خير ﴾ وقوله عليه السلام : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » فدل هذا العموم على أن كل صلح مشروع إلا ما خص بدليل ، قال سيدنا عمر رضي الله عنه : « ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن » وقال أبو حنيفة رحمه الله : « أجوز ما يكون الصلح على الإنكار » أي لأنه يحقق الحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة .

ودليل الشافعية وابن أبي ليلى : هو القياس على ما لو أنكر الزوج الخلع ، ثم

---

(١) المراجع السابقة ، معني المحتاج : ص ١٧٩ وما بعدها ، المغني : ص ٤٧٦

(٢) المغني : ٤٧٨/٤ ، غاية المنتهى : ١٢٠/٢

(٣) الإفصاح : ١٧٤/١

تصالح مع زوجته على شيء ، فلا يصح ، ودليلهم أيضاً أن المدعي إن كان كاذباً في دعواه ، فقد استحل من المدعى عليه ماله ، وهو حرام عليه . وإن كان صادقاً في دعواه فقد عاوض على مالم يثبت له ، فلم تصح المعاوضة ، كما لو باع مال غيره ، ولأن الصلح عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه ، فبطل ، كالصلح على حد القذف . وفي الملة : يكون ما يأخذه المدعي أكلاً للمال بالباطل من غير عوض فدخل هذا الصلح في قوله ﷺ «إلا صلحاً أحل حراماً ، أوحرم حلالاً» ولو بذل المدعى عليه المال لقطع الخصومة يكون البذل رشوة .

وهذا مناقش ، ولا يسلم الفريق الأول بدخول الصلح مع الإنكار في مفهوم هذا الحديث ؛ لأن الممنوع أن يحل الصلح شيئاً محرماً مع بقائه على تحريمه ، كما لو تم الصلح على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم ، أو تم الصلح بخمر أو خنزير ، ثم إن للمدعي أن يأخذ حقه الثابت له بأي طريق .

وأما المدعى عليه فإنه يدفع ادعاء المدعي لدفع المسؤولية عنه ، ولإنهاء النزاع ولصيانة نفسه من التبذل وحضور مجلس الحاكم ، فإن ذوي النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم هذا ، ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم ، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم ، والمدعي يأخذ المبذول عوضاً عن حقه الثابت له ، فلا يمنعه الشرع منه أيضاً ، سواء أكان المأخوذ من جنس حقه ، أم من غير جنسه بقدر حقه أو دونه .

٣ ـ الصلح مع سكوت المدعى عليه : وهو ألا يقر المدعى عليه ولا ينكر كأن يدعي شخص شيئاً على شخص آخر فيسكت من غير إقرار ولا إنكار ، ثم يصالح عنه ، وهو جائز عند الجمهور ، ومنهم ابن أبي ليلى ،وغير جائز عند الشافعية ، ودليل كل فريق : هو ما ذكرناه في الصلح عن إنكار ، وقد قرر الشافعية أن الساكت منكر حكماً ، فيعامل معاملة المنكر[١] .

---

(١) المراجع السابقة

والخلاصة : أن الصلح بأنواعه الثلاثة السابقة جائز عند الحنفية بحيث يثبت الملك للمدعي في بدل الصلح ، ويزول حق المدعى عليه في استرداد شيء ؛ لأن الصلح سبب لرفع التنازع المحظور، قال تعالى : ﴿ ولا تنازعوا ﴾ فكان مشروعاً . والصلح عن السكوت أو الإنكار عند الحنفية هو في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ؛ لأنه في زعمه أنه مالك لما في يده ، وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة ؛ لأنه في زعمه يأخذ عوضاً من حقه ، فيعامل كل طرف على حسب معتقده[1] .

ما يتضمنه الصلح من العقود : يتضمن الصلح أحد معان ستة هي ما يأتي[2] :

١ ـ صلح بمعنى البيع : وهو أن يَدعي شيئاً في يد رجل ، فيصالح عنه على دراهم أو دنانير ، أي أن الصلح تم على عين غير المدعاة ، وكان عوض الصلح ذهباً أو فضة ، فهو بيع بلفظ الصلح ويسمى صلح المعاوضة .

٢ ـ صلح بمعنى الهبة : وهو أن يدعي الرجل عيناً في يد رجل ، ثم يصالح عنها على بعضها ، فيكون الباقي هبة .

٣ ـ صلح بمعنى الإجارة : وهو أن يجري الصلح من العين المدعاة على منفعة لغير العين المدعاة ، كخدمة مدة معلومة ، وسكنى في دار معينة .

٤ ـ صلح بمعنى الإعارة : وهو أن يصالح على منفعة العين المدعاة ، فإن عين مدة فإعارة مؤقتة وإلا فمطلقة .

٥ ـ صلح بمعنى الإبراء والحطيطة : وهو أن يدعي دراهم أو دنانير في ذمة رجل ، فيصالح منها على بعضها ، ويبرئ عن البعض الآخر ، كأبرأتك من خمسمائة من الألف الذي لي عليك أو نحوها .

---

(١) الكتاب مع اللباب : ١٦٤/٢

(٢) مغني المحتاج : ١٧٧/٢ ـ ١٧٩ ، الإفصاح : ١٦٩/١ وما بعدها .

٦ ـ صلح بمعنى السلم : وهو أن يصالح عن شيء بعوض موصوف في الذمة كثوب موصوف بصفة السلم .

ركن الصلح : ركن الصلح عند الحنفية : هو الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول المدعى عليه : صالحتك من كذا على كذا ، أو من دعواك كذا على كذا . ويقول الآخر : قبلت أو رضيت ، أو ما يدل على قبوله ورضاه ، فإذا وجد الإيجاب والقبول تم عقد الصلح[1] . وأركان الصلح عند الجمهور أربعة : عاقدان (متصالحان) وصيغة (إيجاب وقبول) ومصطلح عنه (محل النزاع) ومصطلح عليه (بدل الصلح) .

المبحث الثاني ـ شروط الصلح

يشترط في عقد الصلح شروط تتعلق إما بالمصالح أو بالمصالح عليه أو بالمصالح عنه .

شروط المصالح : يشترط في المصالح شروط هي ما يأتي[2] :

١ ـ أن يكون عاقلاً : فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لانعدام أهلية التصرف بانعدام العقل ، ولا يشترط البلوغ ، فيصح صلح الصبي المأذون في التصرف إذا كان له فيه نفع ظاهر ، أو لا يكون له فيه ضرر ظاهر .

٢ ـ ألا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراً به مضرة ظاهرة : سواء أكان الصغير مدعى عليه أم كان وليه مدعياً له .

فإذا ادعى إنسان على صبي ديناً فصالح أبوه مما ادعي به على مال الصغير : فإن كان للمدعي بينة وكان ما أعطاه الأب من المال مثل الحق المدعى به ، أو بزيادة يتغابن الناس في مثلها ، فالصلح جائز ؛ لأن الصلح في هذه الصورة فيه معنى

---

(١) البدائع : ٤٠/٦ ، تكملة فتح القدير : ٢٣/٧ ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ .

(٢) البدائع : ٤٠/٦ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ٤٩٣/٤ وما بعدها .

المعاوضة ، والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير .

وإن لم تكن للمدعي بينة لا يجوز الصلح ؛ لأن الصلح حينئذ يقع تبرعاً بمال الصغير ، والتبرع ضرر محض ، فلا يملكه الأب ، فإن صالح الأب من مال نفسه جاز ، لأنه لم يضر الصغير ، وإنما نفعه حيث أنهى أمر الخصومة أو الدعوى عنه .

وإذا ادعى أب الصغير على إنسان ديناً للصغير ، فصالح المدعى عليه على أن يحط بعضه عنه ويأخذ الباقي : فإن كان للأب بينة على المدعى به كسند مثلاً فلا يجوز الصلح ؛ لأن الحط منه تبرع من مال الصغير ، والأب لا يملك ذلك . وإن صالحه على مثل قيمة الشيء ، أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز الصلح ؛ لأنه في هذه الصورة بمعنى البيع ، وهو يملك البيع ، فيملك الصلح .

٣ ـ أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله ، كالأب والجد والوصي ؛ لأن الصلح تصرف في المال ، فيختص بمن يملك التصرف فيه .

٤ ـ ألا يكون المصالح مرتداً : وهذا شرط عند أبي حنيفة بناء على أن القاعدة عنده في تصرفات المرتد هي أنها موقوفة . وأما عند الصاحبين فلا يشترط هذا الشرط بناء على القاعدة المقررة عندهما : وهي أن تصرفات المرتد نافذة . وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف عندهم .

شروط المصالح عليه : يشترط في بدل الصلح الذي يتم عليه العقد شروط هي ما يلي :

١ ـ أن يكون المصالح عليه مالاً[1] : فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وصيد الحرم والإحرام ونحوها مما ليس بمال ؛ لأن في الصلح معنى المعاوضة ، فما لا يصلح عوضاً في البيوع لا يصلح بدل الصلح .

(١) البدائع : ٤٢/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٣٩٠ .

ولا فرق في المال المصالح عليه بين أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة ؛ لأن العوض في المعاوضات قد يكون عيناً ، وقد يكون ديناً ، وقد يكون منفعة ، إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعض . وهذا الموضوع يحتاج إلى البحث والتفصيل .

قال الحنفية : إن المدعى به في الدعوى إما أن يكون عيناً : وهو ما يحتمل التعيين جنساً ونوعاً وقدراً وصفة واستحقاقاً كالعروض (الأمتعة) من الثياب ، والعقار من الأرضين والدور ، والحيوان من الدواب ، والمكيل من الحنطة والشعير ، والموزون من الحديد والنحاس ونحوها .

وإما أن يكون ديناً : وهو ما لا يحتمل التعيين كالنقود والمكيلات والموزونات الموصوفة في الذمة والثياب والحيوانات الموصوفة في الذمة .

وإما أن يكون منفعة كسكنى دار معينة .

وإما أن يكون حقاً ليس بعين ولا دين ولا منفعة ، كالقصاص والتعزير .

وبدل الصلح : إما أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة ، والصلح إما أن يكون عن إقرار المدعى عليه أو عن إنكاره ، أو عن سكوته كما عرفنا ، وهنا نبين حكم كل حالة .

فإن كان المدعى به عيناً والصلح عن إقرار : فإن هذا الصلح يجوز ، سواء أكان بدل الصلح عيناً أو ديناً إذا كان معلوم القدر والصفة ؛ لأن هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين ، فكان بدل الصلح في معنى الثمن ، وهذه الأشياء تصلح ثمناً في البيوع عيناً كانت أم ديناً .

فإن كان بدل الصلح عيناً ، قائماً ، معيناً ، مملوكاً ، فيجوز الصلح سواء أكانت العين مكيلة أم موزونة ، أم غيرهما من العروض والحيوان .

وإن كان بدل الصلح ديناً ، فإن كان شيئاً من المكيل والموزون معلوم القدر والصفة يجوز الصلح ، كما في البيع ؛ لأن هذه الأشياء تصلح ثمناً .

وإن كان بدل الصلح ثياباً موصوفة في الذمة : فلا يجوز الصلح ، ما لم تتوافر فيه جميع شرائط السلم التي عرفناها في عقد السلم ، كبيان القدر والوصف والأجل ؛ لأن الثياب لا تثبت ديناً في الذمة إلا بشرائط السلم . وهذا بخلاف المكيل والموزون فإنهما يثبتان في الذمة مطلقاً في المعاوضات ، فيصلح كل منهما ثمناً من غير ذكر أجل ، ولا يشترط قبضهما في المجلس .

وإن كان البدل حيواناً موصوفاً في الذمة : فلا يجوز الصلح ؛ لأنه لا يصير أصلاً ديناً ثابتاً في الذمة في مقابلة مال بمال ، فلا يصلح ثمناً .

وإن كان المدعى به ديناً والصلح عن إقرار :

أ ـ فإن كان دراهم أو دنانير فصالح منها ، فلا يخلو الأمر من إحدى حالتين : إما أن يصالح منها على خلاف جنسها أو على جنسها .

ففي الحالة الأولى : إن كان بدل الصلح عين مال معلوم جاز الصلح ، ويكون العقد بمنزلة بيع الدين بالعين ، وإن كان بدل الصلح ديناً غير الدراهم والدنانير ، لا يجوز الصلح ، حتى لا يؤدي الاتفاق إلى بيع الدين بالدين .

وفي الحالة الثانية أي (الصلح على جنس الدين) كأن صالح من دراهم على دراهم : فإن صالح على مثل حقه قدراً وصفة ، مثل أن يصالح من ألف جياد على ألف جياد ، فلا شك في جواز هذا الصلح ؛ لأن المدعي استوفى عين حقه .

وإن صالح على أقل من حقه قدراً وصفة ، مثل أن يصالح من الألف الجياد على خمسمائة رديئة يجوز الصلح أيضاً ، ويصير المدعي مستوفياً بعض حقه ، ومبرئاً المدعى عليه من الباقي .

وإن صالح على أكثر من حقه قدراً وصفة ، مثل أن يصالح من الألف الرديئة على ألف وخمسمائة جيدة لا يجوز الصلح ؛ لأنه ربا في هذه الحالة ؛ لأن القاعدة المقررة في هذه الحالات كلها هي : أن الصلح متى وقع على جنس ما هو المستحق بعقد المداينة يعتبر استيفاء من المدعي لحقه ، فإذا تعذر جعله استيفاء يعتبر معاوضة ، فتطبق شروط المعاوضة[1] .

وفي الحالة الأخيرة يعتبر العقد معاوضة ؛ لأنه بعكس الحالة التي سبقتها ؛ فإنه يتعذر اعتبار المدعي مستوفياً بعض حقه ومسقطاً البعض الآخر .

وعلى هذا : إذا صالح على أكثر من حقه صفة لا قدراً بأن صالح من ألف رديئة على ألف جيدة ، جاز الصلح ، ويشترط تطبيق شروط عقد الصرف حينئذ ، ومنها الحلول أو التقابض ، فإذا وجد التقابض وهما في مجلس واحد جاز ؛ لأن الجودة لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها . وإن افترقا ولم يتم القبض في المجلس بطل العقد ، لأن هذا عقد صرف .

وإذا صالح على أكثر من حقه صفة وأقل منه قدراً بأن صالح من ألف درهم رديئة على خمسمائة جيدة ، لا يجوز الصلح في ظاهر الرواية عند الحنفية ؛ لأن الصلح من الرديء على الجيد اعتياض عن صفة الجودة ، وهذا لا يجوز ؛ لأن الجودة في الأموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها ، للقاعدة الشرعية المروية حديثاً : « جيدها ورديئها سواء »[2] والعقد هنا عقد صرف ، وليس استيفاء للحق ؛ لأن مستحق الرديء لا يستحق الجيد ، وإذا كان العقد صرفاً فإن من المقرر أن بيع ألف درهم رديئة بخمسمائة جيدة لا يجوز لأنه ربا .

---

(١) تكملة فتح القدير : ٤١/٧ ، المبسوط : ٢٧/٢١ ، تبيين الحقائق : ٤١/٥ ، الدر المختار : ٥٠٠/٤ .

(٢) قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث : غريب . ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري ، وهو قوله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، يداً بيد ، فمن زاد أو استزاد ، فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء » أخرجه مسلم (راجع نصب الراية : ٣٧/٤) .

والخلاصة : أن الصلح متى وقع على أقل من جنس حق المدعي من الدراهم والدنانير يعد استيفاء لبعض الحق ، وإبراء عن الباقي . ومتى وقع على أكثر من جنس حقه منها ، أو وقع على جنس آخر من دين أو عين يعتبر معاوضة[1] .

وبناء عليه : إذا صالح المدعي من الدين الحال على الدين المؤجل وهما في القدر سواء ، كأن يصالح من ألف حالَّة على ألف مؤجلة ، جاز الصلح ، ويكون هذا تأجيلاً للدين ، ولو كان الصلح على العكس من الحالة السابقة : يجوز أيضاً ، ويكون استيفاء من المدعي لحقه ، ويصير المدعى عليه تاركاً حقه في تأجيل الدين .

ولو كان الدين مؤجلاً ، فصالح صاحب الدين على بعضه معجلاً ، كأن يصالح من الألف المؤجلة على خمسمائة معجلة : لا يجوز الصلح ؛ لأن صاحب الدين المؤجل لا يستحق المعجل ، فلا يمكن أن يجعل هذا استيفاء للحق ، فصار التعاقد معاوضة عن الأجل ، فلا يجوز؛ لأن الأجل ليس بمال ، وبيع خمسمائة بألف لا يجوز[2] .

أما لو كان الدين معجل الوفاء ، فعين الدائن وقت الأداء ، كأن كان له على المدين ألف ليرة حل أداؤها بحكم عقد المداينة ، فقال له : « صالحتك على خمسمائة على أن تعطيها اليوم أو على أن تعجلها اليوم » فإن أعطاه في نفس اليوم برئ عن خمسمائة باتفاق الحنفية . وإن لم يعطه حتى مضى اليوم بطل الصلح وعادت الألف عليه كما كانت عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : يمضي الصلح ويبرأ عن الخمسمائة ويبقى عليه خمسمائة فقط .

وجه قول أبي يوسف : أن هذا الصلح تضمن تعليق البراءة عن بعض الدين بشرط تعجيل البعض الآخر ، والبراءة لا يصح تعليقها بالشروط ، فإذا لم يوجد

---

(١) البدائع : ٦/٤٤ ، تبيين الحقائق : ٥/٤٢ ، الدر المختار : ٤/٥٠٠ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧/٤٢ .

الوفاء بالتعجيل لم ينفسخ العقد بدون شرط الفسخ صراحة ، ولم يوجد شرط الفسخ ، فبقي الحط عن بعض الدين صحيحاً .

ووجه قول أبي حنيفة ومحمد : هو أن شرط تعجيل بعض الدين هو شرط لانفساخ العقد عند عدم التعجيل ، وهو كأنه نص صريح على شرط الفسخ ، كما قال شخص لغيره : « أبيعك هذا المتاع بألف ليرة على أن تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فلا بيع بيننا » فالبيع في هذه الصورة جائز ؛ لأن شرط التعجيل شرط في الفسخ ، لا في العقد ، فكذا هذا في الصورة المختلف فيها ؛ لأن المفهوم ضمناً أو دلالة كالمفهوم صراحة ، فصارت الصورة كأن المصالح قال : « فإن لم تعجل فلا صلح بيننا » .

يفهم منه أن الحنفية متفقون على أن الدائن إذا قال ، « أصالحك عن الألف التي لي عليك على خمسمائة تعجلها اليوم ، فإن لم تعجلها فالألف عليك » ، ولم يعجلها اليوم ، فالصلح باطل ، وعليه الألف باتفاق الحنفية ، لوجود النص الصريح على الفسخ .

ولو صالح على أن « يعطيه خمسمائة إلى شهر على أن يحط عنه خمسمائة في الحال ، فإن لم يعطه إلى شهر ، فعليه الألف » فهو صلح صحيح ؛ لأنه إبراء للحال ، وتعليق لفسخ الإبراء بالشرط .

وكذلك لو أخذ الدائن من المدين كفيلاً بألف ليرة ، وتصالح معه على أن يحط عنه خمسمائة ، وشرط على الكفيل أنه إن لم يوفه خمسمائة إلى رأس الشهر ، فعليه كل المال وهو الألف ، فهو جائز ، والألف لازمة للكفيل إن لم يوفه ، لأنه جعل عدم إيفاء الخمسمائة إلى رأس الشهر شرطاً للكفالة بألف .

ولو ضمن الكفيل الألف ليرة بدون شرط شيء ، ثم قال له الدائن : « حططت عنك خمسمائة على أن توفيني رأس الشهر خمسمائة ، فإن لم توفني فالألف عليك » فهذا

صحيح أيضاً ، بل هو شرط أوثق من شرط الحالة الأولى ؛ لأنه جعل هنا عدم التعجيل شرطاً لانفساخ الحط لا شرطاً للعقد .

ولو قال الدائن لمن عليه الألف ليرة : « إن أديت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي » أو قال : « متى أديت خمسمائة فأنت بريء من خمسمائة » فإنه لا يصح ، ويبقى عليه الألف ؛ لأنه تعليق البراءة بالشرط ، ولا يبرأ عن الباقي حتى يبرئه[1] .

ب ـ وإن كان المدعى به ديناً سوى الدراهم والدنانير : فإن كان مكيلاً بأن كان مد حنطة مثلاً ، فصالح منه فله حالتان : إما أن يصالح على جنسه أو على خلاف جنسه[2] .

الحالة الأولى ـ فإن صالح على جنسه فله أحوال : إن صالح على مثل حقه قدراً وصفة ، جاز الصلح ، ولا يشترط القبض ؛ لأنه استوفى عين حقه .

وإن صالح على أقل من حقه قدراً وصفة جاز ، ويعتبر الصلح حطاً عن الباقي ، لا معاوضة ؛ لأنه يعتبر استيفاء لبعض حقه وإبراء عن الباقي ، ولا يشترط القبض .

وإن صالح على أقل من حقه صفة لا قدراً ، جاز أيضاً ، ويكون استيفاء لعين حقه وإبراء للمدعى عليه عن الصفة ، ولا يشترط القبض .

وإن صالح على أكثر من حقه قدراً وصفة أو قدراً لا صفة : لا يجوز الصلح ؛ لأنه ربا . وإن صالح على أكثر منه صفة لا قدراً : بأن صالح من مد حنطة رديء على مد جيد جاز ، ويعتبر معاوضة .

الحالة الثانية ـ وإن صالح على خلاف جنس حقه : فإن كان بدل الصلح من الدراهم

---

(١) راجع البدائع : ٤٤/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٤٢/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤٣/٥ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٤٥/٦ وما بعدها ، المبسوط : ٢٦/٢١ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤٢/٥ .

والدنانير جاز الصلح ، ويشترط القبض حتى لا يفترق المتعاقدان عن دين بدين .

وإن كان بدل الصلح من المكيلات ، وهو شيء معين بذاته ، جاز الصلح ، ولا يشترط القبض . وإن كان موصوفاً في الذمة ، جاز الصلح أيضاً ، ولكن يشترط القبض في المجلس احترازاً من الافتراق عن دين بدين ، وعليه فإن الصلح عن دين بدين لا يجوز ، فلو كان لشخص على آخر مد حنطة ، فصالحه عليه بدراهم إلى أجل لا يصح ؛ لأنهما افترقا عن دين بدين[1] .

وإن كان المدعى به حيواناً موصوفاً في الذمة : بأن وجب في الذمة عن قتل الخطأ أو شبه العمد أو عن المهر أو بدل الخلع ، فصالح على مكيل أو موزون سوى الدراهم والدنانير ، جاز الصلح ، ويكون معاوضة ، ويشترط التقابض احترازاً عن افتراق العاقدين عن دين بدين .

ولو صالح على قيمة الحيوان أو أكثر مما يتغابن الناس فيه ، جاز ؛ لأن قيمة الحيوان دراهم ودنانير ، وهي ليست من جنس الحيوان ، فكان الصلح عليها معاوضة ، فيجوز سواء قل أو كثر ، ولا يشترط القبض .

وكذا إذا صالح من الحيوان على دراهم في الذمة ، وافترق العاقدان من غير قبض ، جاز الصلح ، وإن كان افتراقاً عن دين بدين ؛ لأن هذا المعنى ليس بمعاوضة ، بل هو استيفاء عين حقه ؛ لأن الحيوان الذي وجب في الذمة ، وإن كان ديناً لكنه ليس بدين لازم ، بدليل أن من عليه الحيوان إذا جاء بقيمته يجبر من له على القبول ، بخلاف سائر الديون ، فلا يكون افتراقاً عن دين بدين حقيقة[2] .

بدل الصلح منفعة : ذكرنا أحكام الشرط الأول من شروط المصالح عليه إذا كان بدل الصلح عيناً أو ديناً . فأما إذا كان منفعة ، بأن كان على رجل عشر ليرات

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة : ص ١٤٦ .

(٢) البدائع : ٤٦/٦ وما بعدها .

مثلاً ، فصالح منها على منفعة بيت بأن يسكنه شهراً أو على ركوب دابة أياماً معلومة أو على زراعة أرض مدة معينة ونحوها جاز الصلح[1] ، ويكون التصالح إجارة (أي في معنى الإجارة) سواء أكان الصلح عن إقرار المدعى عليه أم عن إنكاره أم سكوته ؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض ، وقد وجد العوض هنا ، والمعاوضة ظاهرة المعنى في الصلح عن إقرار ، وأما في الصلح عن إنكار ، فالمعاوضة عن الخصومة واليمين .

وكذا في الصلح عن سكوت ؛ لأن الساكت منكر حكماً .

وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة ، فيصح بما تصح به الإجارات ويفسد بما تفسد به ، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة[2] .

٢ ـ الشرط الثاني من شروط المصالح عليه (بدل الصلح) أن يكون متقوماً : فلا يصح على الخمر والخنزير من المسلم ؛ لأنه ليس بمال متقوم في حقه[3] ، لكن في هذه الحالة إذا تم الصلح على ما لا يصلح أن يكون عوضاً أصلاً نفذ الصلح ولم يجب شيء ، لأنه يدل على أن المتصالحين ما أرادا المعاوضة ، ويكون الصلح عفواً من المصالح .

٣ ـ الشرط الثالث ـ أن يكون مملوكاً للمصالح : فلو صالح على مال ، ثم

---

(١) قال الحنفية (تحفة الفقهاء : ٤٢٦/٣) : كل ما يصلح مهراً في النكاح (وهو أن يكون مالاً متقوماً عند الناس ، المرجع السابق : ٢٠١/٢) وتصح تسميته ، صح أن يكون بدلاً في الصلح . وكل ما لا يصلح مهراً ولا تصح تسميته ويجب فيه مهر المثل في النكاح ، لا يصح أن يكون بدلاً في الصلح ، والواجب حينئذ في الصلح دية النفس في القتل وأرش الجناية فيما دون النفس . وقد أجاز الحنفية (الهداية مع الفتح : ٤٥٠/٢) أن يكون المهر منفعة يمكن تسليمها شرعاً كسكنى الدار أو ركوب الدابة أو الحمل عليها ، أو على أن تزرع أرضه ، ولكن لا يصح أن تكون المنفعة خدمة الحر لزوجته ، أو كانت مما لا يستحق عليها الأجر كتعليم القرآن ؛ لأنه في الأولى ينقلب وضع الرجل فيصبح خادماً وفي الثانية ليس ذلك مالاً .

(٢) البدائع : ٤٧/٦ ، تكملة فتح القدير : ٣١/٧ ، الشرح الكبير : ٣١٠/٣ ، مغني المحتاج : ١٧٨/٢ ، المغني : ٤٨٣/٤ .

(٣) البدائع : ٤٧/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٣٣/٧ ، تبيين الحقائق : ٣٦/٥ .

استحق من يد المدعي ، لم يصح الصلح ؛ لأنه تبين أنه ليس مملوكاً للمصالح[1] .

٤ ـ الشرط الرابع ـ أن يكون معلوماً : لأن جهالة البدل تؤدي إلى المنازعة ، فتوجب فساد العقد[2] .

شروط المصالح عنه :

يشترط في محل عقد الصلح شروط هي ما يأتي :

أحدها ـ أن يكون حقاً للإنسان لا حقاً لله عز وجل ، سواء أكان مالاً عيناً أم ديناً ، أم حقاً ليس بمال كالقصاص والتعزير[3] . فلا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر بأن يأخذ رجل زانياً أو سارقاً أو شارب خمر ، وأراد أن يرفعه إلى الحاكم ، فصالحه المأخوذ على مال ليتركه ، فالصلح باطل ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام .

وكذا لا يصلح الصلح من حد القذف بأن قذف الإنسان رجلاً ، فصالحه على مال على أن يعفو عنه ؛ لأن هذا الحد ، وإن كان للإنسان فيه حق ، فالمغلب فيه عند الحنفية هو حق الله تعالى .

وكذا لا يصح الصلح مع شاهد يريد أن يشهد عليه على مال ، على ألا يشهد عليه فهو باطل ؛ لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى ، والصلح عن حقوق الله عز وجل باطل ، ويجب على العاقد رد ما أخذ من المال ؛ لأنه أخذ بغير حق . ولو علم القاضي به أبطل شهادته ؛ لأنه فسق ، إلا أن يتوب ، فتقبل .

---

(١) البدائع : المرجع السابق : ص ٤٨ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ .

(٣) البدائع ، المرجع نفسه ، تبيين الحقائق : ٣٧/٥ ، تكملة فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٣٤ ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ .

ويجوز الصلح على التعزير؛ لأنه حق الإنسان.

وكذا يجوز الصلح باتفاق المذاهب الأربعة عن القصاص في النفس وما دون النفس من الأعضاء؛ لأن القصاص حق للإنسان، فالصلح يجوز حينئذ، سواء أكان بدل الصلح عيناً أم ديناً، لكن إذا كان البدل ديناً يشترط القبض في المجلس، حتى لا يكون افتراقاً عن دين بدين[1].

وسواء أكان البدل معلوماً أم مجهولاً جهالة غير فاحشة، فإذا صالح مثلاً على ثوب أو دابة أو دار لا يجوز؛ لأن الثياب والدواب والدور أجناس ذات أنواع مختلفة، وجهالة النوع تعتبر فاحشة، فتمنع الجواز.

والضابط في هذا: أن كل جهالة تمنع صحة تسمية المهر في النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص، وما لا يمنع التسمية فلا يمنع الصحة؛ لأن كلاً من بدل الصلح والمهر يجب بدلاً عما ليس بمال. وعليه إن كان البدل مما يصلح مهراً في النكاح فيصلح بدلاً في الصلح، وإذا لم يصلح تسمية المهر بسبب الجهالة يجب مهر المثل، وإذا لم يصلح تسمية بدل الصلح يسقط القصاص وتجب دية النفس في القتل، وأرش الجناية فيما دون النفس، إلا أن بين النكاح والصلح فرقاً من وجه وهو أنه إذا صالح عن القصاص على خمر أو خنزير، يسقط القصاص، ولا يجب شيء آخر، ويكون الصلح عفواً من صاحب الدم؛ أما في النكاح فإنه يجب مهر المثل. وجه الفرق: هو أن لفظة «الصلح» كناية عن العفو، فإذا لم يذكر مال متقوم في الصلح عن القصاص كان بمثابة السكوت عن ذكر عوض، وإذا لم يذكر العوض كان معناه هو العفو، وبعد العفو لا يجب شيء. أما في النكاح فلا يحتمل العفو عن المهر؛ لأنه إذا سكت عنه يجب حكماً لأنه من ضرورات عقد النكاح، فإنه ما شرع إلا بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحاً للمهر، صار كما لو لم يسم العاقد مهراً، وإذا لم يسم مهراً وجب مهر المثل.

---

(١) البدائع، المرجع السابق، المبسوط: ٩/٢١، تبيين الحقائق: ٣٥/٥، تكملة فتح القدير: ٣٢/٧، الشرح الكبير: ٣١٧/٣، المغني: ٤٩٤/٤ وما بعدها.

وأما الصلح : فليس من ضروراته وجوب المال ، فإنه لو عفا بلا تسمية شيء لم يجب شيء[1] .

والصلح عن القصاص جائز سواء أكان بدل الصلح قدر الدية أم أقل أم أكثر لقوله تعالى : ﴿ فمن عفي له[2] من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ قال ابن عباس : « إنها نزلت في الصلح عن دم العمد » واسم الشيء يتناول القليل والكثير ، فدلت الآية على جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير .

وهذا بخلاف الصلح عن القتل الخطأ وشبه العمد : فإنه إذا صالح على أكثر من الدية والأرش لا يجوز الصلح ؛ لأن الأرش والدية مقدران شرعاً بمقدار معلوم لا زيادة عليه ، فالزيادة على المقدر تكون ربا ، فلا يجوز ، أما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص ، والقصاص ليس بمال ، حتى يكون البدل عنه زيادة على المال المقدر ، وليس فيه تقدير شرعي ، فلا يتحقق الربا[3] .

الصلح عن المجهول : لا يشترط عند الحنفية والحنابلة : أن يكون المصالح عنه معلوماً ، فيصح الصلح عن المجهول ، سواء أكان عيناً أم ديناً ، فمن ادعى على آخر حقاً في عين ، فأقر به المدعى عليه ، أو أنكر ، فصالح على مال معلوم ، جاز[4] ؛ لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط ، وهذا إسقاط حق ، فصح في المجهول كالعتاق والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصح مع الجهل أولى ، إذ لو لم يجز الصلح حينئذ أدى إلى ضياع المال ، والصلح هنا ليس بيعاً وإنما هو إبراء ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين

---

(١) العناية بهامش تكملة فتح القدير : ٣٣/٧ ، تبيين الحقائق : ٣٥/٥ .

(٢) أي أعطي له . ومعنى الآية : أن الله تعالى أمر الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطي له شيء .

(٣) البدائع : ٤٩/٦ ، العناية مع تكملة الفتح : ٣٤/٧ ، تبيين الحقائق : ٣٦/٥ ، الدر المختار : ٤٩٧/٤ .

(٤) يعني أن يكون بين رجلين معاملة وحساب من زمن طويل ، ولا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه ، فيجوز الصلح بينهما ، وكذلك من عليه حق ، لا علم له بقدره ، جاز أن يصالح عليه .

اختصما في مواريث درست : « استهما ، وتوخيا ، وليحلل أحدكما صاحبه »[1] ، وهذا صلح على المجهول كما قال ابن قدامة .

وقال المالكية : ينبغي أن يعرف المدعي قدر ما يصالح عنه من الدين ، فإن كان مجهولاً لم يجز .

وقال الشافعي : لا يصح الصلح على المجهول ؛ لأن الصلح بيع ، ولا يصح البيع على المجهول[2] .

الشرط الثاني ـ أن يكون المصالح عنه حقاً للمصالح ، فإذا لم يكن حقاً له ، بطل الصلح[3] .

الشرط الثالث ـ أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح في محل الصلح ، فإذا لم يكن حقاً ثابتاً له ، لا يجوز الصلح عنه ، كما يظهر من الحالات الآتية[4] .

ـ لو أن امرأة طلقها زوجها ادعت عليه صبياً في يده أنه ابنه منها ، وجحد رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد دعواه ، فصالحته على مال بذلته له ، حتى يترك

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وأصله في الصحيحين عن أم سلمة قالت : جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ في مواريث بينهما قد دَرِست ليس بينهما بينة ، فقال رسول الله ﷺ : إنكم تختصمون إلى رسول الله ﷺ وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضي بينكم على نحو مما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها أسطاماً (أي المسعار وهو الحديدة التي يسعر بها النار) في عنقه يوم القيامة ، فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما : حقي لأخي ، فقال رسول الله ﷺ : « أما إذا قلتما فاذهبا ، فاقتسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليُحلل كل واحد منكما صاحبه » ليحلل : أي ليسأل كل واحد منكما صاحبه أن يجعله في حل من قبله بإبراء ذمته ، وفيه دليل على أنه يصح الإبراء من المجهول (راجع نيل الأوطار : ٢٥٣/٥) .

(٢) راجع البدائع : ٤٩/٦ ، مجمع الضمانات : ص ٣٨٨ ، تبيين الحقائق : ٣٢/٥ ، الدر المختار : ٤٩٣/٤ ، المغني : ٤٩٠/٤ وما بعدها ، الميزان : ٧٩/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣١٠/٣ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق .

(٤) البدائع ، المرجع السابق ، المبسوط : ٣٥/٢١ ، مجمع الضمانات : ص ٣٨٥ .

الرجل ، فصالحت عن النسب على شيء ، فالصلح باطل ؛ لأن النسب حق الصبي ، لا حقها فلا تملك المعاوضة عن حق غيرها .

- ولو صالح الشفيع المشتري عن حق الشفعة الذي وجب له ، على مال معلوم على أن يسلم الدار المبيعة مثلاً للمشتري ، فالصلح باطل ؛ لأنه لا حق للشفيع في محل الصلح ، إنما الثابت له حق التملك ، وهذا عبارة عن ولاية له ، وهي صفة له ، فليس هذا الحق لمعنى في المحل ، فلا يحتمل الصلح عنه[1] وهو بخلاف الصلح عن القصاص ؛ لأن المحل هنا يصير مملوكاً في حق الاستيفاء .

- وإذا صالح الكفيل بالنفس المكفول له على مال معلوم على أن يبرئه من الكفالة ، فالصلح باطل ، والكفالة لازمة ؛ لأن الثابت للدائن المكفول له : هو حق مطالبة الكفيل بتسليم المكفول بنفسه ، وهو عبارة عن ولاية المطالبة ، وهي صفة للدائن ، فلا يجوز الصلح عنها فأشبه الشفعة .

- ولو كان لرجل ظلَّة[2] على طريق نافذ أو كنيف[3] ممتد إلى الشارع أو ميزاب ، فخاصمه رجل فيه ، وأراد طرحه وإزالته ، فصالحه على مال فالصلح باطل ؛ لأن الطريق حق لجماعة المسلمين ، وليس لأحد منهم حق معتبر ثابت في الطريق ، وإنما له فقط حق المرور ، وولاية المرور ، وهما صفة للمار ، فلا يجوز الصلح عنه . هذا فضلاً عن أنه لا فائدة من هذا الصلح ، لأنه إن سقط حق واحد بالصلح ، فللباقين حق القلع[4] .

أما إذا كان الطريق غير نافذ ، فخاصمه رجل من أهل الطريق على مال لترك

---

(١) أي أن حق الشفعة : حق أن يتملك ، وذلك ليس بحق ثابت في المحل قبل التملك ، فأخذ بدل عنه أخذ مال في مقابلة ماليس بشيء ثابت في المحل ، وهو رشوة حرام (العناية مع تكملة فتح القدير : ٣٣/٧) .

(٢) الظلة : المظلة الضيقة وهي ما يستظل بها من الحر أو البرد كالخيمة المعروفة الآن .

(٣) هو الكنة التي تشرع فوق باب الدار ، أي السقيفة الممتدة خارج البيت إلى الشارع كالروشن الآن .

(٤) البدائع : ٤٩/٦ ، مغني المحتاج : ١٨٣/٢ ، المهذب : ٣٣٢/١ .

الظلة ونحوها ، فالصلح جائز ؛ لأن الطريق هنا مملوكة ملكاً مشتركاً بين جماعة محصورة ، فكان لكل واحد منهم جزء مملوك له ، فجاز الصلح عنه ، وفي هذا الصلح فائدة لاحتمال أن يصالح الباقون بخلاف حالة ما إذا كان الطريق نافذاً ، فإنه لا يتصور الصلح من جميع الناس .

- ولو ادعى رجل على رجل مالاً ، فأنكره المدعى عليه ، ولا بينة للمدعي ، فطلب من المدعى عليه اليمين ، فصالح عن اليمين على ألا يستحلفه ، جاز الصلح ، وبرئ من اليمين .

- ولو ادعى رجل على آخر مئة ليرة مثلاً ، فأنكرها المدعى عليه ، فتصالحا على أنه « إن حلف المدعى عليه ، فهو بريء » فحلف المدعى عليه : « ما لهذا المدعي قليل ولا كثير عندي » فإن الصلح باطل ، والمدعي على دعواه ، فإن أقام بينة أخذ حقه بها ؛ لأن قوله : « على أنه إن حلف المدعى عليه فهو بريء » تعليق البراءة بالشرط ، وهو باطل ؛ لأن في الإبراء معنى التمليك ، والأصل في التمليك ألا يحتمل التعليق بالشرط .

وإن لم تكن له بينة وأراد استحلاف المدعى عليه ، فهناك وجهان :

أ - إن كان ذلك الحلف الذي صدر من المدعى عليه عند غير القاضي : فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى ؛ لأن تلك اليمين غير معتبرة .

ب - وإن كان حلف عند القاضي : فلا يستحلفه مرة ثانية ؛ لأن حق المدعي في الاستحلاف صار مستوفى مرة ، فلا يجب عليه الإيفاء مرة ثانية .

- ولو تصالحا على أن « يحلف المدعي ، فمتى حلف ، فالدعوى لازمة للمدعى عليه »[1] فحلف المدعي على دعواه ، فإن الصلح باطل ، ولا يلزم المدعى عليه بشيء ؛

(١) أي فالمال واجب على المدعى عليه .

لأن هذا تعليق وجوب المال بشرط وهو باطل لكونه قماراً[1] .

ـ ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً ، فجحدته ، فصالحته على مال بذلته ، حتى يترك الدعوى ، جاز الصلح ؛ لأن النكاح حق ثابت في حق المدعي ، فكان الصلح على حق ثابت ، فكان في معنى الخلع ، إذ هو أخذ المال بدلاً عن الحقوق الزوجية ، وفي حقها بدل مال لإسقاط الخصومة[2] .

ـ ولو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فجحدت ، فصالحها على مئة ليرة على أن تقر له بالنكاح ، فأقرت ، فهو جائز ، وتكون المئة من الزوج زيادة في مهرها ؛ لأن إقرارها بالنكاح محمول على أنه صحيح .

ـ ولو قال رجل لامرأة : « أعطيتك مئة ليرة على أن تكوني امرأتي » فهو جائز إذا قبلت الزواج بمحضر من الشهود ، ويكون هذا كناية عن إنشاء النكاح ابتداء .

ـ وكذا لو قال : « تزوجتك أمس على ألف ليرة » فجحدت ، وقالت : « لا » فقال : « أزيدك مئة على أن تقري لي بالنكاح » ، فأقرت ، جاز الصلح ، ولها ألف ومئة ، والنكاح جائز ، ويحمل إقرارها على الصحة[3] .

ـ ولو ادعت امرأة على رجل نكاحاً ، فجحد الرجل ، فصالحها على مال بذله لها ، لا يجوز الصلح ، لأنه لا يخلو إما أن يكون النكاح ثابتاً أو لم يكن ثابتاً ، فإن لم يكن ثابتاً كان دفع المال إليها من الرجل في معنى الرشوة ، إذ ليس هناك شيء يقابله العوض وقد بذل لها المال لتترك الدعوى . وإن كان ثابتاً لا تثبت الفرقة بهذا الصلح ؛ لأن العوض في مثل هذه الفرقة تعطيه المرأة لا الزوج فهو لا يعطي العوض في الفرقة ، فلا يكون المال الذي تأخذه المرأة عوضاً عن شيء ، فلا يجوز . لكن لو ادعى

---

(١) البدائع : ٥٠/٦ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، تبيين الحقائق : ٣٧/٥ ، الدر المختار : ٤٩٦/٤ ، مجمع الضمانات : ص ٣٨٥ .

(٣) البدائع : ٥١/٦ .

الدعوى ، جاز الصلح ، وكان الصلح في معنى الخلع في جانبه ، لزعمه أن النكاح قائم ، ولدفع الخصومة في جانبها[1] .

- ولو ادعى إنسان على آخر ألف ليرة ، فأنكر المدعى عليه ، فصالحه المدعي على مئة ليرة على أن يقر له بالألف ، فالصلح باطل ؛ لأن المدعي لا يخلو إما أن يكون صادقاً في ادعائه الألف ، وإما أن يكون كاذباً فيها ، فإن كان صادقاً فيها ، فالألف واجبة على المدعى عليه ، ويكون أخذ العوض عليه في معنى الرشوة ، وهو حرام .

وإن كان كاذباً في ادعائه فإقرار المدعى عليه بالألف التزام المال من بادئ الأمر ، وهذا لا يجوز[2] .

- ولو ادعى إنسان على رجل وديعة ، أو عارية ، أو مال مضاربة أو إجارة ، فقال الأمين : « قد رددتها عليك » أو « هلكت » وكذبه المدعي ، وقال : « استهلكتها » ثم تصالحا على مال ، فالصلح باطل عند أبي يوسف . وعند محمد : صحيح .

وجه قول محمد : أن هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ، ويمين موجهة ، فيصح .

ووجه قول أبي يوسف : أن المدعي مناقض نفسه في هذه الدعوى ؛ لأن الوديع أمين المالك ، وقول الأمين قول المؤتمن ، فكان إخباره بالرد أو الهلاك إقراراً من المودع فكان مناقضاً نفسه في ادعاء الاستهلاك ، والتناقض يمنع صحة الدعوى ، إلا أنه يستحلف لكن لا لدفع الدعوى ، لأنها مندفعة لبطلانها ، بل للتهمة ، وإذا لم تصح الدعوى لا يصح الصلح[3] .

---

(١) البدائع ، المرجع نفسه : ص ٥٠ ، تكملة فتح القدير مع العناية : ٣٥/٧ ، تبيين الحقائق : ٣٧/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١٦٥/٢ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ٥١ .

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ص ٥٠ .

الصلح على العيب : لو اشترى رجل شيئاً فوجده معيباً ، فصالحه البائع من العيب على شيء دفعه إليه ، أو حط عنه من ثمنه شيئاً : فإن كان المبيع مما يجوز رده على البائع ، أو كان له حق المطالبة بأرش العيب دون رده ، فالصلح جائز ؛ لأن الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو (صفة سلامة المبيع عن العيب)[1] .

وإن لم يكن للمشتري حق رد المبيع ولا أخذ الأرش (التعويض عن العيب) بأن باع الشيء أو حدثت زيادة منفصلة متولدة من الأصل أو حدث عيب جديد عند المشتري عدا العيب القديم المجيز للرد : فلا يجوز الصلح ؛ لأن هذا أخذ مال لا بمقابلة شيء ، فلا يجوز .

وإذا جاز الصلح عن العيب ، فزال العيب ، كأن كان العيب بياضاً في عين الدابة فانجلى البياض ، يبطل الصلح ، ويأخذ البائع ما أداه ، لأن صفة سلامة المبيع قد عادت إليه ، فيعوض العوض ، ويزول حق المشتري فيه .

ولو طعن المشتري بعيب في المبيع ، فصالحه البائع على أن يبرئه من العيب المذكور ومن كل عيب ، فالصلح جائز ؛ لأن الإبراء عن العيب إبراء عن صفة السلامة في المبيع وإسقاط لها .

وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب ، فصالحه البائع من كل عيب على مال ، فالصلح جائز ؛ لأنه وإن لم يطعن بعيب فله حق الخصومة ، فيجوز الصلح لإبطال هذا الحق .

ولو طعن المشتري بنوع من العيوب كالعمى والقروح ، فصالحه البائع عليه ، جاز الصلح ؛ لأنه لما جاز عن كل عيب ، جاز عن العيب الواحد . فإذا ظهر عيب

---

(١) يلاحظ أن هذا الصلح جائز في البيع العادي الذي يجوز فيه التفاضل ، أما إذا كان البيع فيما يجري فيه الربا ، فلا يجوز الصلح على شيء ، لأنه يؤدي إلى الزيادة ، وهو ربا ، وهو لا يجوز .

آخر ، كان للمشتري حق الخصومة فيه ؛ لأن الصلح وقع عن نوع خاص ، فكان له حق الخصومة في غيره[1] .

الصلح بين المدعي والأجنبي :

تكلمنا فيما سبق عن الصلح بين المدعي والمدعى عليه . أما إذا كان الصلح بين المدعي والأجنبي المتوسط أو المتبرع بالصلح فلا يخلو الحال بين أن يكون الصلح بإذن أو أمر من المدعى عليه أو بغير إذنه أو أمره .

فإن كان الصلح بإذن من المدعى عليه : فإنه يصح الصلح ، ويكون المصالح وكيلاً عن المدعى عليه ، والصلح مما يحتمل التوكيل به ، ويجب المال على المدعى عليه دون الوكيل ، سواء أكان الصلح عن إقرار أم عن إنكار ؛ لأن الوكيل في الصلح لا ترجع إليه حقوق العقد . والمال لازم للموكل دون الوكيل إلا إذا ضمن الوكيل بدل الصلح عن المدعى عليه ، فإنه يجب عليه حينئذ بموجب عقد الكفالة والضمان ، لا بموجب عقد الصلح[2] .

وقال الشافعية : إن قال الأجنبي للمدعي : وكلني المدعى عليه في الصلح وهو مقر لك بما تدعي ، صح الصلح بينهما ؛ لأن ادعاء الوكالة في المعاملات مقبول ، ولو صالح الأجنبي عن العين أي (المدعاة) لنفسه بماله ، وقال الأجنبي للمدعي : إن المدعى عليه مقر لك بالمدعى ، صح الصلح أيضاً ، وكأنه اشترى المدعى به . وإن كان المدعى عليه منكراً ، وقال الأجنبي : هو مبطل في إنكاره ؛ لأنك صادق عندي ، فصالحني : فإن كان المدعى به عيناً ، فيطبق عليه حكم شراء المغصوب ، أي فإن كان قادراً على انتزاعه من المدعى عليه صح الصلح ، وإن لم يقدر على انتزاعه فلا يصح .

---

(١) البدائع : ٥١/٦ ، المبسوط : ٣٦/٢١ .

(٢) البدائع : ٥٢/٦ ، تكلمة فتح القدير : ٣٨/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣٩/٥ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١٦٧/٢ .

وإن لم يقل الأجنبي : هو مبطل في إنكاره ، لغا الصلح[1] .

وإن كان الصلح بغير إذن من المدعى عليه : فهو صلح الفضولي ، وهو على خمسة أوجه :

في أربعة منها يصح الصلح ، ويجب المال على المصالح الفضولي ، ولا يجب على المدعى عليه شيء . وهذه الأوجه هي :

أولاً - أن يضيف الضمان إلى نفسه : بأن يقول الفضولي للمدعي : « صالحتك من دعواك هذه على فلان بألف ليرة على أني ضامن لك هذه الألف » ، أو : « على أن علي الألف » .

ثانياً - أن يضيف المال إلى نفسه : بأن يقول : « على ألفي هذا ، أو على متاعي هذا » .

ثالثاً - أن يعين البدل وإن كان لا ينسبه إلى نفسه بأن يقول : « على هذا الألف أو على هذا المتاع » .

رابعاً - أن يسلم البدل ، وإن لم يعين ولم ينسب إلى نفسه : بأن قال : « صالحتك على ألف » وسلمها إليه .

والدليل على صحة الصلح في هذه الأوجه الأربعة هو قوله تعالى : ﴿ إنما المؤمنون إخوة ، فأصلحوا بين أخويكم ﴾ ، وقوله عز وجل : ﴿ والصلح خير ﴾ ، ولأن الفضولي بالصلح عن غيره في هذه الوجوه متصرف على نفسه بالتبرع بإسقاط الدين عن الغير ، بأن يقضي دينه من مال نفسه إذا كان الصلح عن إقرار . وإن كان الصلح عن إنكار فهو متبرع بإسقاط الخصومة عن غيره ، فيجوز التبرع في الحالتين .

---

(١) مغني المحتاج : ١٨١/٢ ، المهذب : ٣٣٣/١ .

وفي وجه واحد : لا يصح الصلح ، وإنما يكون موقوفاً على إجازة المدعى عليه ، وهو بأن يقول الفضولي : « صالحتك من دعواك هذه مع فلان على ألف ليرة أو على متاع كذا : الوسط » ، ففي هذه الحالة إن أجاز المدعى عليه صلح الفضولي نفذ ، ويجب البدل عليه دون المصالح ؛ لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ، وحكم الوكالة كذلك .

وإن لم يجز بطل الصلح ؛ لأن التصرف على الإنسان لا يصح من غير إذنه وإجازته ، والأصل في العقد إنما هو المدعى عليه[1] .

وهذه الأحكام تطبق على الخلع من الأجنبي :

فإن كان خلع الزوجة بإذن الزوج أو المرأة : يصير المخالع وكيلاً ، ويجب المال على المرأة للزوج دون الوكيل ؛ لأنه سفير ومعبر عن الأصيل ، فلا يرجع إليه بشيء من حقوق العقد .

وإن كان الخلع بغير إذن : فإن وجد من الفضولي ضمان بدل الخلع ، أو قال : « خالع امرأتك على كذا ليرة علي » أو « على متاعي هذا » أو « على هذا الألف » أو « علي هذا المتاع » فإن الخلع صحيح ، ويجب المال على الفضولي ، وليس له أن يرجع على الأصيل ، لأنه متبرع .

وإن قال الفضولي للزوج : « اخلع امرأتك على كذا » فقال : « خلعت » فإن الخلع يكون موقوفاً على إجازة المرأة : فإن أجازت صح الخلع ، ويجب البدل عليها دون الفضولي ، وإن لم تجز بطل الخلع ، ولا يقع الطلاق .

وتطبق هذه الأحكام أيضاً على الصلح عن دم العمد من الأجنبي ، كما تطبق كذلك على الزيادة في الثمن من الأجنبي : إن كانت بإذن المشتري يكون الشخص

---

(١) البدائع : ٥٢/٦ ، تكملة فتح القدير : ٤٠/٧ ، تبيين الحقائق : ٤٠/٥ .

الفضولي وكيلاً ، وتجب الزيادة على المشتري . وإن كانت بغير إذن المشتري ، فعلى التفصيل السابق الذي ذكرناه في الصلح[1] .

المبحث الثالث ـ أحكام الصلح :

للصلح أحكام هي[2] :

أولاً ـ انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين شرعاً : فلا تسمع دعواهما بعدئذ ، وهذا حكم ملازم جنس الصلح .

ثانياً ـ حق الشفعة للشفيع : إذا كان المدعى به داراً وبدل الصلح ليس داراً ، وإنما هو نقد أو غيره ، فإن حق الشفعة يثبت للشفيع إذا كان الصلح عن إقرار من المدعى عليه ؛ لأن الصلح حينئذ يكون في معنى البيع بالنسبة لطرفي العقد . أما إذا كان الصلح عن إنكار من المدعى عليه ، فلا يثبت حق الشفعة ، لأنه ليس في معنى البيع بالنسبة للمدعى عليه ، بل هو بذل المال لدفع الخصومة واليمين .

وإن كان بدل الصلح داراً ، والصلح عن إقرار المدعى عليه يثبت حق الشفعة للشفيع في الدارين ، لما عرفنا أن الصلح هنا في معنى البيع من الطرفين .

وإن كان الصلح عن إنكار يثبت للشفيع حق الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ، ولا يثبت في الدار المدعاة ؛ لأنها لم تعتبر مبيعة ، إذ أن الصلح عن إنكار يعتبر معاوضة بالنسبة للمدعي ، وأما بالنسبة للمدعى عليه فليس بمعاوضة ، بل هو إسقاط للخصومة ودفع اليمين عن نفسه ، فلم يكن للدار المدعاة حكم المبيع في حقه ، فلا يثبت للشفيع حق أخذها بالشفعة .

---

(١) البدائع : ٥٢/٦ .

(٢) البدائع : ٥٣/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٢٩/٧ ، المبسوط : ١٦٣/٢٠ ، تبيين الحقائق : ٣٣/٥ ، الدر المختار مع رد المحتار : ٤٩٤/٤ .

ثالثاً - حق الرد بالعيب، وحكم الاستحقاق: فحق الرد بالعيب يثبت لطرفي عقد الصلح إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه بمنزلة البيع.

وإن كان عن إنكار يثبت حق الرد بالنسبة للمدعي، ولا يثبت بالنسبة للمدعى عليه؛ لأن هذا الصلح بمنزلة البيع بالنسبة للمدعي، لا بالنسبة للمدعى عليه.

وتطبق هذه الأحكام إذا كان الصلح عن إقرار، واستحق بعض المصالح عنه، فيرجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض المصالح به؛ لأن الصلح مع الإقرار كالبيع، وهذا هو حكم الاستحقاق في البيع. وإذا كان الصلح عن إنكار أو سكوت فاستحق المتنازع فيه كله، رجع المدعي بالخصومة على المستحق، لقيامه مقام المدعى عليه، ورد العوض المصالح به على من أخذه منه[1]؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض للمدعي إلا ليدفع خصومته عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومه له، فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه، فيسترده. وإن استحق بعض المتنازع فيه، رد حصته، ورجع بالخصومة فيه على المستحق.

رابعاً - الرد بخيار الرؤية في نوعي الصلح: لأن الخيار ثبت للمدعي فيستدعي كون الصلح معاوضة عن حقه.

خامساً - إنه لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً في نوعي الصلح؛ فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحوهما. وإن كان عقاراً يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز، كما هو معروف في بحث عقد البيع.

ويجوز للمصالح في الصلح عن القصاص أن يبيع بدل الصلح أو يبرئ عنه قبل القبض، كما يجوز البيع ونحوه في المهر والخلع؛ لأن المانع من جواز التصرف في الشيء

(١) تكملة فتح القدير مع العناية، المرجع السابق: ص ٢٩، المبسوط: ١٤٩/٢٠ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٣٢/٥، ٣٤، الكتاب مع اللباب: ١٦٤/٢.

قبل القبض : هو المحافظة على العقد من الانفساخ نتيجة هلاك الشيء ، واحتمال الفسخ لا يتأتى في الصلح عن القصاص ، لأنه مما لا يحتمل الفسخ ، فلا حاجة إلى القول بعدم جواز التصرف في بدل الصلح قبل القبض .

سادساً ـ إن الوكيل بالصلح يلتزم ببدل الصلح دون المدعى عليه إذا كان الصلح في معنى المعاوضة ، كما إذا تم الصلح على جنس آخر خلاف جنس حق المدعي ، لأنه يكون حينئذ جارياً مجرى البيع ، وحقوق البيع ترجع إلى الوكيل .

وإن كان الصلح في معنى استيفاء عين الحق ، كمن له على آخر ألف ليرة ، فصالحه على خمسمائة ، فيلتزم الوكيل ببدل الصلح إن ضمنه ، وإن لم يضمنه لم يلزمه ؛ لأنه يكون حينئذ سفيراً بمنزلة الرسول ، فلا ترجع إليه حقوق العقد . أما إن ضمنه لزمه بحكم الكفالة لا بحكم العقد . وقد سبق أن أشرنا إليه .

والخلاصة : أن الصلح كما قال الشافعية إذا كان عن إقرار وجرى على عين غير المدعاة ، فهو بيع بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه ، كالشفعة ، والرد بالعيب ، ومنع التصرف قبل القبض ، واشتراط التقابض إن اتفق المصالح عنه والمصالح عليه في علة الربا[1] .

المبحث الرابع ـ مبطلات عقد الصلح وحكمه بعد البطلان :

مبطلات الصلح : يبطل الصلح بأشياء هي ما يأتي[2] :

١ ـ الإقالة في غير حالة الصلح على القصاص : فلو أقال أحد المتصالحين الآخر انفسخ الصلح ؛ لأن فيه معنى معاوضة المال بالمال ، فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه . أما القصاص : فالصلح فيه إسقاط محض لحق ولي الدم في استيفاء القصاص من القاتل ؛ لأنه عفو عن القاتل ، فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه .

---

(١) مغني المحتاج : ١٧٧/٢ ، المهذب : ٣٣٣/١ .

(٢) البدائع : ٥٤/٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٣٢/٥ ، ٣٤ ، الدر المختار مع رد المحتار : ٤٩٤/٤ .

٢ ـ لحاق المرتد بدار الحرب أو موته على الردة عند أبي حنيفة : وهذا مبني على القاعدة المقررة عنده : وهي أن تصرفات المرتد موقوفة على العودة إلى الإسلام أو اللحاق بدار الحرب أو الموت ، فإن أسلم نفذت تصرفاته ، وإن لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه ، أو قتل أو مات على الردة بطلت تصرفاته .

وعند الصاحبين : تعتبر تصرفات المرتد نافذة .

٣ ـ الرد بخيار العيب أو الرؤية : لأن الرد يفسخ العقد .

٤ ـ هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة : لأن في الصلح على المنفعة معنى الإجارة ، والإجارة تبطل بموت أحد العاقدين . وكذا يبطل الصلح إذا هلك ما وقع الصلح على منفعته .

حكم الصلح بعد بطلانه : إذا بطل الصلح يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار . ويرجع المدعي على المدعى عليه بالمدعى به لا غيره إن كان الصلح عن إقرار؛ لأنه إذا بطل الصلح ، جعل كأن لم يكن ، فعاد الأمر على ما كان من قبل .

لكن في الصلح عن القصاص : يرجع المدعي على القاتل بالدية دون القصاص ، وفي الصلح عن المنفعة ، إذا بطل بموت أحد العاقدين ونحوه من المبطلات في أثناء المدة ، يرجع المدعي بالمدعى به ، بقدر مالم يستوف من المنفعة إن كان الصلح عن إقرار . وإن كان عن إنكار رجع المدعي إلى أصل الدعوى في قدر مالم يستوف من المنفعة[1] .

الصلح عن التركة (التخارج) : يصح الصلح عن حصة الوارث في التركة ، وتطبق أحكام البيع ، ويسمى هذا الصلح مخارجة . والمخارجة : هي عقد يتصالح فيه

---

(١) البدائع : ٥٥/٦ وما بعدها ، المبسوط : ٣٤/٢١ ، تبيين الحقائق : ٣٣/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤٩٥/٤ .

أحـد الورثـة على أن يخرج من التركـة ، فلا يـأخـذ نصيبـه ، نظير مـال يـأخـذه من التركـة ، أو من غيرهـا . ويختلف الحكم فيما إذا كانت التركـة أشيـاء عينيـة ، أو أشيـاء نقدية . فإن كانت التركة أشياء عينية كعقار أو عروض تجارية ، صح الصلح مهما كان مقدار العوض قليلاً كان أو كثيراً ؛ لأنه بيع ، وقـد صـالح عثمان امرأة عبـد الرحمن بن عوف رضي الله عنهم على ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار .

أما إن كانت التركة نقداً ذهبـاً أو فضـة ، فيصح الصلح مهما كان العوض إذا كان من جنس غير جنس مال التركة ، كإعطاء ذهب بفضة أو بالعكس ؛ لأنـه بيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يعتبر التسـاوي ، ولكن بشرط قبض العـوضين في مجلس العقـد ، لأنه عقد صرف .

وإن كانت التركة خليطاً من أشياء عينيـة ونقـديـة وهو الغـالـب فلابـد من أن يكـون العـوض أكثر من نصيبـه في التركـة ، حتى يتسـاوى نصيبــه بمثلــه ، وتغطي الزيادة الأشياء العينية الأخرى مثل العروض التجاريـة والعقـارات ونحوهـا ، منعـاً من الوقوع في الربا ، ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب أو الفضـة ؛ لأن هذا عقد صرف في هذا القدر[1] .

والخلاصة : أنه يشترط عند الحنفية كون التركة معلومـة ، ولا يشترط أن يكون التخارج بمقدار الحصة تماماً ؛ لأن هذا العقد بيع ، والعلم بالمبيع شرط لإمكان التسليم ، ولا يلزم كون الثمن مسـاويـاً لقيمـة المبيـع ، لكن يشترط أن يكـون المتخـارج عـالمـاً بنصيبه من التركة خشية الغرر ، ويشترط أيضاً التقـابض فيما هو عقـد صرف ، لعـدم الوقوع في الربا .

(١) اللباب شرح الكتاب : ١٧٠/٢ ، تكملة رد المحتار : ٢٠٥/٧ وما بعدها .

الفصل الرّابع عشر

الإبراء

فيـه ستـة مبـاحث تشمـل تعريف الإبراء ومشروعيتـه ، وأركانـه ، وشروطـه ، ومحله ، وأنواعه ، وحكمه .

المبحث الأول ـ تعريف الإبراء ومشروعيتـه : الإبراء لغـة : التنزيـه والتخليص والمباعدة عن الشيء . وفقهاً : هو إسقـاط شخص حقـاً لـه في ذمـة آخر أو قِبَله ، كإسقاط الدائن دينه الذي له في ذمة المدين . فإذا لم يكن الحق في ذمة شخص ، كحق الشفعة ، وحق السكنى الموصى به ، فلا يعتبر التنازل عنه أو تركـه إبراء ، بل هو إسقاط محض ، وعليه يكون كل إبراء إسقاطاً ، وليس كل إسقاط إبراء .

والإبراء وإن تضمن معنى الإسقاط ، ففيه معنى آخر وهو التمليك فهو إسقاط من الدين ، وتمليك للمدين . وقد رجح كل مذهب أحد المعنيين .

فالحنفية[١] رجحوا معنى الإسقاط مع بقاء معنى التمليـك ، ورتبوا عليـه عـدم صحة الإبراء عن الأعيان ؛ لأنـه إسقـاط ، وملكيـة الأعيـان لا تقبل الإسقـاط ، فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له ، لا تسقـط ويبقى ملكاً لـه ، ولا يصح الإبراء عن المبيـع ؛ لأنـه إسقـاط ، وإسقـاط العين لا يصـح ، والإبراء عن العين المغصـوبـة لا يكون سبباً لملكها ، وإنما يكون إبراء عن ضمانها ، وتصير أمـانـة في يـد الغـاصب .

ولكن يصح إبراء الدين الثابت في الذمة كضمان قيمة المغصوب المتلف، ويصح الإبراء عن الدعوى المتعلقة بالأعيان. ولا يصح إقالة الإبراء عن الدين ولا إقالة السلم؛ لأن الإبراء يسقط الدين من الذمة، والساقط لا يعود؛ لأنه معدوم، والمسلم فيه دين سقط. ويعد الإبراء من الدين تبرعاً؛ لأن فيه معنى التمليك، وإن كان في صورة إسقاط.

والراجح عند **المالكية** كما أبان الدسوقي[1] أن الإبراء نقل للملك فيكون من قبيل الهبة، فيحتاج لقبول.

والجديد عند **الشافعية**[2] **:** أن الإبراء تمليك المدين ما في ذمته، فيشترط علم الطرفين به إن كان في ضمن معاوضة كخلع، وإلا فيكفي علم المبرئ فقط، والإبراء من المجهول باطل. وقال بعض الشافعية: الأصح أن الإبراء إسقاط.

والراجح عند **الحنابلة**[3] أن الإبراء إسقاط، ولا مانع يمنع الإنسان من إسقاط بعض حقه أو هبته، فقد كلم النبي ﷺ غرماء جابر ليضعوا عنه.

مشروعية الإبراء: الإبراء في الحكم الغالب له مندوب، قال الخطيب الشربيني: الإبراء مطلوب، فوُسِّع فيه بخلاف الضمان (أي الكفالة)؛ لأنه نوع من الإحسان والبر والصلة، لتضمنه إسقاط الحق عن المدين، ولو لم يكن معسراً، قال تعالى: ﴿ وإن كان ذو عُسْرَة، فَنَظِرة إلى مَيْسَرة، وأن تَصدَّقُوا خير لكم إن كنتم تعلمون ﴾.

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٩٩/٤، الفروق: ١١١/٢.

(٢) المحلي على المنهاج مع حاشية القليوبي وعميرة: ٣٢٦/٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢٠٢/٢، أشباه السيوطي: ص ١٥٢.

(٣) كشاف القناع: ٣٧٩/٣، ٣٨٥، ٣٣٦/٤، المغني: ٤٨٣/٤.

المبحث الثاني ـ ركن الإبراء :

ركن الإبراء عند الحنفية : هو الإيجاب فقط الصادر من صاحب الحق المبرئ ، الدال دلالة واضحة على ترك حقه والتنازل عنه . باعتبار أن الركن هو جزء الشيء الذي لا يتحقق بدونه . أما بقية عناصر الإبراء من متعاقدين ومحل فهي أطراف العقد ، وليست ركناً .

أما الجمهور فقالوا : للإبراء أركان أربعة : صاحب الحق المبرئ ، والمدين (المبرأ) ، والصيغة ، والمبرأ منه (محل الإبراء من دين أو عين أو حق) ، باعتبار أن الركن : هو كل ما يتوقف عليه وجود الشيء ، سواء أكان جزءاً داخلاً فيه وهو الإيجاب وحده ، أو الإيجاب والقبول معاً ، أم خارجاً عنه كالأطراف والمحل .

هل يحتاج الإبراء إلى قبول ؟

يرى الجمهو غير المالكية[1] : أن الإبراء لا يحتاج إلى قبول ، فينعقد بمجرد الإيجاب ؛ لأنه عند الحنفية والحنابلة إسقاط ، والإسقاطات كالطلاق والعتق لا تحتاج إلى قبول ، سواء أكان التعبير بلفظ الإبراء أم بلفظ هبة الدين للمدين ، وطالب بعض الحنفية بالقبول في هبة الدين للمدين ، والمشهور هو الأول .

وبالرغم من أن الراجح لدى الشافعية أن الإبراء تمليك المدين ما في ذمته كما بينا ، فلا يحتاج إلى القبول ؛ لأن المقصود منه الإسقاط .

ومثال الإيجاب : أن يقول : أبرأتك من ديني ، أو أحللتك منه ، أو أسقطته عنك ، أو ملكتك إياه ، أو تركته لك ، ونحو ذلك . نصت المادة ١٥٦١ مجلة : «إذا قال أحد : ليس لي مع فلان نزاع ولا دعوى ، أو ليس لي عند فلان حق ، أو فرغت

---

(١) المراجع السابقة .

من دعواي التي هي مع فلان ، أو تركتها ، أو ما بقي لي عنده ، أو استوفيت حقي من فلان بالتمام ، يكون قد أبرأه » .

ويرى المالكية على الراجح : أن الإبراء يحتاج إلى قبول ؛ لأنه نقل للملك ، كالهبة فلا بد من القبول في هبة الدين ، لمن هو عليه ؛ لأنه إبراء .

ويكون القبول في مجلس العقد بالاتفاق ، إلا أن الشافعية[1] اشترطوا القبول لفظاً فوراً فيما لو وكله في إبراء نفسه ، ولو من الحاكم . وظاهر المذهب المالكي جواز تأخير القبول عن الإيجاب ، وعبارتهم : من سكت عن قبول صدقته زماناً ، فله قبولها بعدئذ .

واستثنى الحنفية من عدم توقف الإبراء على القبول : الإبراء عن بدلي الصرف ، وعن رأس مال السلم ، فيتوقف فيهما الإبراء على القبول ؛ لأن الإبراء يؤدي إلى تفويت القبض المستحق ، وفواته يوجب بطلان العقد ، ونقض العقد لا ينفرد به أحد العاقدين ، بل لا بد من قبول الطرف الآخر ، فإن قبله برئ ، وإن لم يقبله لم يبرأ ، وإذا تم الإبراء مع القبول انفسخ عقد الصرف والسلم ، لعدم تحقق القبض المشروط لصحة كل منهما .

أما الإبراء عن المسلم فيه أو عن ثمن المبيع ، فيجوز من غير قبول ؛ لأن قبض المسلم فيه أو الثمن ليس بشرط ، والإبراء عن دين لا يجب قبضه شرعاً إسقاط لحق المبرئ لا غير ، فيملك الإبراء من نفسه فقط[2] .

رد الإبراء :

ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة : إلى أن الإبراء يتم بالإيجاب دون حاجة إلى

---

(١) حاشية القليوبي : ٣٤٠/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ .

(٢) البدائع : ٢٠٣/٥ .

قبول ، ولا يرتد بالرد من المدين ؛ لأنـه إسقـاط عنـد الحنـابلـة ، كإسقـاط القصـاص والشفعة ، والمقصود منه الإسقاط عنـد الشـافعيـة ، فيصح الإبراء من الـدين ولو رده المدين .

وذهب الحنفية والمالكية : إلى أن الإبراء يرتد بالرد ، في المجلس أو بعده ، ما دام لم يحـدث منـه قبول صريح قبل رده ؛ لأن الإبراء عنـد المـالكيـة يفتقر إلى القبـول ، ولأن فيه معنى التمليك . ولمراعـاة معنى التمليـك عنـد الحنفيـة وإن كان إسقـاطـاً[(١)] ، فنظراً لما فيه من معنى التمليك فإنه يرتد بالرد .

والرد المعتبر : هو ما يصدر من المبرأ ، أو من وارثه بعـد موتـه . واستثنى الحنفيـة مسائل أربعة لا يرتد فيها الإبراء بالرد وهي[(٢)] :

١ و ٢ ـ الإبراء في الحوالـة ، والكفـالـة على الراجـح ؛ لأن الإبراء فيهما إسقـاط محض ، ليس فيـه تمليـك مـال ، والإسقـاط المحض لا يحتمـل الرد ، لانعـدام السـاقـط وتلاشيـه ، فلو أبرأ المحـال المحـال عليـه فرده لا يرتـد ، ولو أبرأ الـدائن الكفيـل فرده لا يرتد .

٣ ـ إذا تقدم من المبرأ على الإبراء طلب بأن قـال للمبرئ : أبرئني ، فـأبرأه ، فردّ ، لا يرتد .

٤ ـ إذا سبق للمبرأ أن قبل الإبراء ، فإذا رده بعدئذ لا يرتد . أما المجلـة العـدليـة فقـد نصت في المـادة ١٥٦٨ على مـا يلي بـالنسبـة للقبول والرد أخـذاً برأي الحنفيـة : « لا يتوقف الإبراء على القبول ، ولكن يكون بالرد مردوداً ؛ لأنـه إذا أبرأ أحـد آخر ، فلا يشترط قبوله ، ولكن إذا رد الإبراء في ذلك المجلس بقوله : لا أقبل ، يكون ذلـك

---

(١) العناية بهامش تكملة فتح القدير : ٤٤/٧ ، الفتاوى الهندية : ٣٦٥/٤ ، ٣٨٤ ، الدر المختار ورد المحتار : ٥٤٤/٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، كشاف القناع : ٣٣٦/٤ ، حاشية الدسوقي : ٩٩/٤ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار : ٥٤٤/٤ .

الإبراء مردوداً ، يعني لا يبقى لـه حكم ، لكن لـو رده بعـد قبـول الإبراء لا يكـون الإبراء مردوداً ، وأيضاً إذا أبرأ المحال له المحال عليه ، أو صاحبُ الطلبِ الكفيل ، ورد ذلك المحال عليه أو الكفيل ، لا يكون الإبراء مردوداً » .

المبحث الثالث ـ شروط الإبراء :

هنـاك شروط في المبرئ ، وشروط في المبرأ ، وشروط في صيغـة الإبراء ، وشروط في المبرأ منه (محل الإبراء) .

أولاً ـ شروط المبرئ : يشترط في المبرئ ما يلي[1] :

١ ـ أن يكـون من أهـل التبرع ، أي عـاقـلاً بـالغـاً رشيـداً غير محجـور لسفـه أو لـدين ؛ لأن الإبراء تبرع من الـدائن ؛ إذ لا يقـابلـه عوض من المـدين . وشرط عـدم الحجر لدين عند الحنفية على المفتى به من رأي الصاحبين بجواز الحجر على المـدين هو شرط نفاذ ، فإبراء المحجور عليه بسبب الـدين صحيح موقوف على إجـازة الـدائنين ، حفاظاً على حقوقهم .

٢ ـ أن يكون ذا ولايـة على الحق المبرأ منـه : بـأن يكون مـالكاً لـه ، أو مـوكـلاً بالإبراء منه ، أو وصياً على الدائن . والإجازة اللاحقـة عنـد من يجيز تصرف الفضولي لها حكم الوكالة السابقة .

والعبرة عند الحنفية والحنابلـة في ولايـة المبرئ بـالواقع لا في الظن ، فلو أبرأ عن شيء من مال أبيـه ظـانـاً أنـه حي ، فتبين حين الإبراء أنـه ميت ، صح الإبراء ؛ لأنـه إسقاط ولأن الشيء المبرأ منه كان مملوكاً له في الواقع ، كبيع مال مورثـه الميت مع ظن الحياة . وإذا اعتبر الإبراء تمليكاً كما يرى الشافعية في الأصح ، لم يصح هذا الإبراء .

---

(١) الدر المختـار : ٥٣١/٤ ، تكملـة ابن عـابـدين : ٣٢٨/٢ ، الفتـاوى الهنـديـة : ٣٥٥/٤ ، مرشـد الحيران : م ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، الشرح الكبير : ٩٨/٤ ، القليـوبي وعميرة : ٣٢٦/٢ ، و ١٥٩/٣ ، ١٦٢ ، كشـاف القنـاع : ٣٢٩/٤ ، ٣٣٦ ، مغني المحتاج : ٢٠٢/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ .

٣ ـ الرضا : يشترط الرضا والاختيار من المبرئ ، فلا يصح إبراء المكرَه .

التوكيل بالإبراء : يصح التوكيل بالإبراء ، بشرط وجود إذن خاص به ، ولا يكفي له الإذن بعقد ما . ولا يجوز عند الحنفية للوكيل المأذون بالإبراء توكيل غيره .

ويكفي عند الشافعية[1] في صحة الوكالة بالإبراء : علم الموكل بقدر الدين ، وإن جهله الوكيل والمدين . ولا يصح عندهم بناء على أن الإبراء تمليك توكيل المدين ليبرئ نفسه ، كما لو وكله ليبيع من نفسه ، وأما بناء على القول الثاني وهو أن الإبراء إسقاط فيصح توكيل المدين ليبرئ نفسه .

الإبراء في مرض الموت : يتفرع عن الشرط الأول ألا يكون المبرئ مريضاً مرض الموت : فإن أبرأ المريض وارثاً ، توقف الإبراء على إجازة الورثة ، ولو كان الدين أقل من الثلث . وإن أبرأ أجنبياً ، والدين يجاوز ثلث التركة ، توقف الإبراء في الزائد عن الثلث على إجازة الورثة ؛ لأن الإبراء تبرع له حكم الوصية . وإن أبرأ المريض أحد المدينين ، وكانت التركة مستغرقة بالديون ، لم ينفذ إبراؤه ، لتعلق حق الغرماء[2] .

ثانياً ـ شروط المبرأ :

يشترط باتفاق الفقهاء على المذهب لدى الحنابلة[3] في الطرف المبرأ أن يكون معلوماً معيناً ، غير مجهول ، ولا مبهم ، فلو أبرأ أحد غريميه (مدينيه) ، فقال لهما :

---

(١) مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ .

(٢) الفتاوى الهندية : ٣٨٢/٤ ، العناية بهامش فتح القدير : ٢٨١/٦ ، فتح القدير : ٢٣/٧ ، القليوبي وعميرة : ١٥٩/٣ ، ١٦٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، المجلة العدلية : م ١٥٧٠ ، ١٥٧١ ، الشرح الكبير : ٩٨/٤ .

(٣) جامع الفصولين : ١٢٥/١ ، ط الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ ، الخرشي : ٩٩/٦ ، ط صادر ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، كشاف القناع : ٣٣٧/٤ .

أبرأت أحدكا ، فلا يصح . وكذا لو قال : أبرأت كل مدين لي ، أو كل مدين لمورثي ، لا يصح كا أن الإقرار ببراءة كل مدين له ، لا يصح ، إلا إذا قصد مديناً معيناً أو أناساً محصورين . فإذا قال : أبرأت هؤلاء المدينين لي ، صح .

وعلل الشافعية عدم صحة الإبراء مع جهالة المدين المبرأ بأن الإبراء فيه معنى التمليك ، ولا يصح تمليك المجهول ، والإبراء تمليك من المبرئ ، إسقاط عن المبرأ عنه ، فيشترط علم الأول دون الثاني .

وقد نصت المجلة (م ١٥٦٧) على هذا الشرط : يلزم أن يكون المبرأون معلومين ومعينين ، بناء عليه ، لو قال أحد : أبرأت كافة مديونيّ ، أو ليس لي عند أحد حق ، لا يصح إبراؤه . وأما لو قال : أبرأت أهالي المحلة الفلانية ، وكان أهل تلك المحلة معينين ، وعبارة عن أشخاص معدودين ، فيصح الإبراء .

ويصح إبراء المبرأ ، سواء أكان مقراً بالحق أم منكراً له ، بل ولو حلف المنكر ؛ لأن الإبراء عند الجمهور غير المالكية ينعقد بمجرد الإيجاب ، ولا يفتقر إلى القبول ، ولا حاجة فيه إلى تصديق الغريم .

ثالثاً ـ شروط المبرأ منه (محل الإبراء) :

يشترط في المحل المبرأ منه ما يلي[(١)] :

١ ـ أن يكون عند الشافعية في الجديد معلوماً : فلا يصح الإبراء من المجهول : وهو ما لا تسهل معرفته ، ويكون الإبراء من المجهول جنساً أو قدراً أو صفة باطلاً ؛ لأن الإبراء تمليك وهو يتوقف على الرضا ، ولا يعقل الرضا مع الجهالة . ولو أبرأه من الدراهم التي عليه ، ولا يعلم قدرها ، برئ من ثلاثة ؛ لأنها أقل الجمع على المعتمد .

---

(١) تكملة ابن عابدين : ١٨٢/٢ ـ ١٨٣ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤١١/٣ ، مغني المحتاج : ٢٠٢/٢ وما بعدها ، القليوبي : ٣٢٦/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٣٦/٤ .

لكنهم قالوا : طريق الإبراء من المجهول : أنه يذكر عدداً يتحقق أنه يزيد على قدر الدين ، كمن لا يعلم ، هل له عليه خمسة أو عشرة ، فيبرئه من خمسة عشر مثلاً .

واستثنوا من بطلان الإبراء من المجهول : الإبراء من إبل الدية فيصح الإبراء منها ، وإن كانت مجهولة الصفة ؛ لأنها معلومة السن والعدد ، فيرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد .

واستثنوا أيضاً : ما لو أبرأه بعد موته ، فيصح مع الجهل ؛ لأنه وصية .

ولم يشترط الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة) هذا الشرط ، وأجازوا الإبراء من المجهول قدراً ووصفاً ، ولو لم يتعذر علمه ؛ لأنه إسقاط حق أو إسقاط محض كالإعتاق والطلاق ، فينفذ مع العلم والجهل ، فلو أبرأه من أحد الدينين صح الإبراء ، لكن قال الحنابلة : لو كتم المدين الدين عن الدائن خوفاً من أن الدائن لو علم الدين ، لم يبرئه ، وجهله رب الدين ، لم تصح البراءة عنه ؛ لأن فيه تغريراً للمبرئ ، وقد أمكن التحرز عنه .

٢ - ألا يكون المبرأ منه عيناً من الأعيان : لأن العين لا تثبت في الذمة ، والإبراء إسقاط ، والذي يقبل الإسقاط : ما يشغل الذمم من الحقوق ، فيكون الإبراء من الأعيان باطلاً ، فلو غصب إنسان كتاباً ، لم يصح الإبراء منه .

ويصح الإبراء من الديون ، ولو كان الدين من الأعيان كالدية من الإبل مثلاً .

ويصح الإبراء من الحقوق ، كالإبراء عن حق الدعوى ، وإبراء الدائن الكفيل من الكفالة ، والمحال عليه من الحوالة ، إذ البراءة فيهما عن حق الكفالة أو الحوالة .

٣ - أن يكون المبرأ منه موجوداً عند الإبراء : فيبطل الإبراء من الحق قبل وجوده ، كأن تبرئ شخصاً مما سيقرضه لك ، أو مما سيجب له . وبناء عليه لم يجز الحنفية إبراء الزوجة زوجها من نفقة مستقبلة ، ولا من نفقة العدة قبل أن يطلقها ؛ لأن الإبراء إسقاط ، وما سيوجد ساقط فعلاً ، فلا يقبل إسقاطاً .

واستدل الفقهاء لعدم صحة الإبراء من الدين قبل وجوبه، بقوله ﷺ: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك»[1] والإبراء في معناهما.

رابعاً - شروط صيغة الإبراء: يشترط في صيغة الإبراء وذاته أربعة شروط هي ما يلي[2]:

١ - أن يكون منجزاً غير معلق بشرط ولا مضاف للمستقبل[3]: وهذا شرط عند الجمهور غير المالكية. فالتنجيز شرط كأن يقول الدائن لمدينه: أبرأتك من ديني؛ لأن في الإبراء معنى التمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق.

والتعليق على شرط: إن كان على شرط موجود بالفعل، فهو في حكم المنجز. وإن كان على شرط ملائم، مثل: إن كان لي عليك دين، أو إن مت، فأنت بريء، فهو جائز اتفاقاً، بدليل قول أبي اليسر الصحابي لغريمه: «إن وجدتَ قضاء فاقض، وإلا فأنت في حلّ» ولم ينكر ذلك عليه. ومنه قول الحنفية في الإبراء من الكفالة أو الحوالة: إذا قال الدائن للكفيل: إن وافيتني بالدين غداً، فأنت بريء من الكفالة، فإن وافاه في الغد برأ منها.

وإن علق على الموت، صح في رأي الحنفية والحنابلة؛ لأنه يكون حينئذ في معنى الوصية، والوصية بالبراءة من الدين جائزة.

---

(١) حديث حسن رواه أبو داود والحاكم بلفظ «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك» ورواه ابن ماجه عن المسور بلفظ «لا طلاق قبل النكاح، ولا عتاق قبل ملك».

(٢) تكملة فتح القدير: ٤١/٧، ٤٤ وما بعدها، الدر المختار: ١٧٦/٤، تكملة ابن عابدين: ٣٣٠/٢، الفتاوى الهندية: ٣٧٨/٤، ٣٨٤، البدائع: ٤٥/٦، ٥٠، ١١٨، الدسوقي: ٣٠٧/٢، و ٨٩/٤، ٩٩، ١٠٠، فتح العلي المالك: ٢٢٩/١، ٣٢٢، ٣٣٥، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص ١٥٢، المجموع: ١٠٠/١٠، القليوبي: ٢٩٢/٢، ٤٥/٣، ٨٣، ٣١٠، ٣٦٨/٤، كشاف القناع: ٣٠٥/٣، ٣٣٧/٤، المغني: ٤٨٣/٤ وما بعدها، و ٥٦٤/٥، مغني المحتاج: ٦٦/٢.

(٣) التعليق: ربط وجود الشيء بوجود غيره، فهو مانع لانعقاد العقد. والتقييد: لا يمنع الانعقاد، بل هو لتعديل آثار العقد الأصلية. والإضافة: لتأخير بدء الحكم في زمن مستقبل.

وإن علق الإبراء على الشرط المتعارف، لم يجز في مذهب الحنفية، وجاز عند بعض الحنفية.

أما إن كان التعليق على غير ما ذكر فلا يجوز عند الجمهور، لما في الإبراء من معنى التمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق، والتعليق مشروع في الإسقاطات المحضة.

وأجاز المالكية تعليق الإبراء مطلقاً، لما فيه من معنى الإسقاط.

وأما التقييد بالشرط: فيجوز تقييد الإبراء بشرط صحيح باتفاق المذاهب الأربعة، ولا يصح التقييد بشرط غير صحيح، فإذا أبرأه على أنه بالخيار، صح الإبراء وبطل الشرط، وإذا أبرأه عن كل حق له عليه، شمل حق الخيار، لكن بالنسبة لسقوط الخيار، يصح الإبراء ويبطل الشرط؛ لأن الإبراء دون الهبة في كونه تمليكاً.

وأما إضافة الإبراء إلى المستقبل ولو إلى وقت معلوم غير الموت، فلا يصح؛ لأن الأصل في الإبراء هو التنجيز، ولأن الإبراء فيه معنى التمليك، والتمليك لا يحتمل الإضافة للوقت.

وأما الإبراء بشرط أداء البعض:

آ ـ فإن صدر مطلقاً عن الشرط: كأن يعترف له بدين في ذمته، فيقول الدائن: قد أبرأتك من نصفه أو ثلثه، فأعطني الباقي، فالإبراء صحيح اتفاقاً؛ لأنه منجز غير معلق ولا مقيد بشرط، والمبرئ متطوع بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه، وقد صح أن النبي ﷺ قال لكعب: «ضع الشطر من دَيْنك»[1].

ب ـ وإن كان الإبراء فيه معلقاً على أداء الباقي، لم يجز عند الجمهور، وجاز عند المالكية، كما بينا في حكم التعليق.

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن زياد بن أبي حَدْرد.

جـ ـ وإن كان الإبراء فيه مقيداً بشرط أداء الباقي ، مثل أن يقول من له على آخر ألف : أبرأتك عن خمسمائة ، بشرط أن تعطيني ما بقي ، جاز عند الحنفية والمالكية والشافعية ؛ لأنه استيفاء البعض ، وإبراء عن الباقي .

واشترط الشافعية الجمع بين لفظي الإبراء والصلح ، ليكون من أنواع الصلح ، لكن لا يحتاج لقبول ، نظراً للفظ الإبراء .

ولا يصح الإبراء المقيد بشرط أداء البعض عند الحنابلة ؛ لأنه إبراء عن بعض الحق في مقابل بقيته ، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض .

هذا إذا كان الشرط أداء الباقي ، أما إن أبرأه عن البعض بشرط تعجيل الباقي ، لم يجز كما أبان الشافعية ؛ لأنه يشبه ربا الجاهلية . فإن عجل المدين وفاء بعض الدين بغير شرط ، فأخذه منه الدائن ، وأبرأه مما بقي ، فإنه يصح .

٢ ـ ألا يتنافى مع الشرع : كالإبراء من شرط التقابض في الصرف ، والإبراء من حق السكنى في بيت العدة ، والإبراء من حق الولاية على الصغير، فلا يصح ؛ لأن كل ما يؤدي إلى تغيير المشروع باطل ، ولا يستطيع أحد تغيير حكم الله تعالى .

ويشترط أيضاً ألا يؤدي الإبراء إلى ضياع حق الغير، كالإبراء الصادر من الأم المطلقة عن حق الحضانة ، لأنه حق للصغير وللحاضنة .

٣ ـ أن يكون للمبرئ ملك سابق في الحق المبرأ منه : لأنه لا يصح تصرف الإنسان في ملك غيره دون إنابة منه ، أو فضالة عنه عند من يصحح تصرف الفضولي . وهذا شرط متفق عليه ؛ لأن تصرف الفضولي جائز عند القائلين به في حالة الظهور بمظهر المالك ، وإلا كان من بيع ما لا يملك ، وهو منهي عنه .

أما الإبراء بعد سقوط الحق أو وفائه : أي بعد قضاء الدين ، فهو صحيح عند الحنفية ؛ لأن الساقط بقضائه هو المطالبة ، لا أصل الدين ، فتسقط مطالبة كل من طرفي الدين للآخر ، لانشغال ذمة كل منهما بدين الآخر ، وأما الدينان فيتساقطان

بطريق المقاصة ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها . فإذا أبرأ الدائن المدين بعد وفاء الدين ، كان للمدين الرجوع بما أداه ، إذا أبرأه براءة إسقاط ، أما إذا أبرأه براءة استيفاء فلا رجوع . ويعرف نوع البراءة عند الإطلاق بالعرف . وعليه لو تبرع إنسان بقضاء دين لآخر ، ثم أبرأ الدائن المدين على وجه الإسقاط ، فللمتبرع أن يرجع على المبرئ بما تبرع به . هذا رأي الحنفية ، ووافقهم الحنابلة فيه[1] .

٤ ـ أن يقع الإبراء بعد وجوب الحق المبرأ منه أو وجود سببه : لأن الإبراء إسقاط ما في الذمة ، ويكون بعد انشغالها . وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة الإبراء قبل وجود السبب ، إذ لا معنى لإسقاط ما هو ساقط فعلاً ، ويكون الإبراء مجرد وعد ، وهو غير ملزم .

أما بعد وجود السبب ففيه خلاف : أما الجمهور غير المالكية فاشترطوا كون الإبراء من الدين بعد وجود السبب ، فلا يصح الإبراء قبله ، للحديث المتقدم : « لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك » والإبراء في معناهما .

والأمثلة عند الحنفية : الإبراء عن نفقة الزوجية قبل القضاء بتقديرها ، والإبراء عن ثمن ما تشتريه مني غداً ، فلا يصح الإبراء في الحالتين ، لأنه قبل وجود السبب .

ومثل الشافعية بإبراء المفوّضة[2] عن مهرها قبل التقدير والدخول ، والإبراء عن المتعة قبل الطلاق ، لعدم الوجوب . واستثنوا صورة يصح فيها الإبراء قبل الوجوب : وهي ما لو حفر بئراً في ملك غيره بلا إذن ، وأبرأه المالك من ذلك التصرف أو رضي ببقاء البئر ، فإن حافرها يبرأ مما يقع فيها . ولو أبرأ المشتري البائع عن ضمان المبيع إذا تلف قبل القبض ، لم يبرأ في الأظهر ؛ لأنه أبرأ عما لم يجب .

---

(١) القواعد لابن رجب : ص ١٢٠ .

(٢) المرأة المفوضة : هي التي مات عنها زوجها قبل أن يدخل بها ولم يكن لها صداق مفروض .

أمـا المـالكيـة فـاختلفوا على قولين في صحـة الإبراء قبـل وجـود السبب ، وهـو التصرف الذي ينشأ به الحق المبرأ منه ، مثل إسقاط المرأة عن زوجهـا نفقـة المستقبل ، والقول الراجح أنه يلزمها ذلك أي يصح ابراؤها . ومثل : إسقاط الشفيع شفعتـه قبل الشراء ، في لزومه قولان .

ومثل : عفو المجروح عما يؤول إليه الجرح ، وكإجازة الوارث الوصيـة للوارث أو بأكثر من الثلث للأجنبي في مرض الموصي ، ونحوهما ، فيه قولان .

المبحث الرابع ـ محل الإبراء :

محل الإبراء : إما الأعيان وإما الديون ، وإما الحقوق[1] :

أما الإبراء عن الأعيان : فقد يكون عن دعوى العين أو عن العين نفسها .

أمـا الإبراء عن دعوى العين فيشملـه الكلام الآتي عن الإبراء عن الحقـوق . وهـو صحيح بالاتفاق ؛ لأنه إسقاط لحق .

وأما الإبراء عن العين نفسها بمعنى إسقاط ملكية الأعيان فهو غير صحيح اتفاقاً ؛ لأن الأعيـان ـ كما بينـا في شروط محـل الإبراء ـ لا تقبـل الإسقــاط ، فـلا يترتب على الإبراء عنها بذاتها أي أثر ، فلا يتملكها المبرأ ، بل تظل في يد واضع اليد عليهـا مملوكـة له ، فالإبراء عن الأعيان بمعنى تمليكها لمن هي في يده لا يصح ، ويحق لمن ظفر بها أن يأخذها .

وإذا أطلــق هــذا التعبير أي البراءة عن العين كان المراد منــه عنــد الحنفيــة والشافعية والحنابلـة سقوط حق الادعـاء بهـا بعـد الإبراء . وفي بعض كتب الحنفيـة : يبقى له حق الادعاء بها .

---

(١) تكملة ابن عابدين : ١٨٢/٢ وما بعدها ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٤٩٥/٤ ، الدسوقي : ٤١١/٣ ، القليوبي وعميرة : ٣٢٧/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ١١٩ وما بعدها .

وعند المالكية : يراد بها سقوط الطلب بقيمة العين إذا فوتها المبرأ ، وسقوط الطلب برفع اليد عنها إن كانت قائمة .

وهناك أثر آخر عند الحنفية للإبراء عن العين نفسها إذا كانت مضمونة كالدار المغصوبة : وهو سقوط ضمانها ، سواء أكانت قائمة أم هالكة ، فتصير العين بعد الإبراء عنها أمانة كالوديعة في يد الغاصب . فإذا كانت العين قائمة كان الإبراء عنها إبراء عن ضمانها لو هلكت ، فتصبح كالأمانة لا تضمن إلا بالتعدي عليها . وإذا كانت العين هالكة ، كان الإبراء عنها إبراء عن قيمتها .

وأما الإبراء عن أعيان هي أمانة فلا محل له ، ولا وجه للإبراء عنها ، إذ لم تلحقه عهدتها ، فلا يجوز للقاضي أن يسمع دعواه بها بعد البراءة ، فتصح البراءة قضاء ، لكن لا تعتبر ديانة بمعنى أنه إذا ظفر بها صاحبها أخذها .

وأما الإبراء عن الديون الثابتة في الذمم : فهو صحيح بالاتفاق ؛ لأن مدار الإبراء هو إسقاط ما في الذمم .

وأما الإبراء عن الحقوق :

آ ـ فإن كان عن الحقوق الخالصة للعبد كالكفالة والحوالة فهو صحيح اتفاقاً .

ب ـ وإن كان عن الحقوق الخالصة لله عز وجل كحد الزنا ، وحد القذف وحد السرقة بعد الرفع للحاكم عند الحنفية والمالكية ، فلا يصح الإبراء عنها .

جـ ـ وإن كان عن الحقوق التي يغلب فيها حق العبد كالتعزير والقصاص والدية وحق القسم بين الزوجات وحق الانتفاع وحق الفسخ بخيار العيب وغرامة تلف المال ، ونحوها من الحقوق الشخصية التي تثبت في الذمم ، فيصح الإبراء عنه . ويجوز الإبراء عن دين المدين بعد وفاته بالاتفاق ، وهل يرتد بالرد من الوارث ؟ فيه خلاف عند الحنفية .

ولا يصح عند الحنفية الإبراء عن الحقوق التي لا تقبل الإسقاط ، كحق الرجوع في الهبة ، والرجوع في الوصية ؛ لأن في جوازه تغييراً للمشروع ، وهو غير جائز خلافاً للجمهور في رجوع الهبة .

ولا يصح أيضاً الإبراء من خيار رؤية المبيع ، ولا من حق الاستحقاق في الوقف ، وحق الإرث .

ونبحث على التخصيص بعض أحكام الإبراء عن بعض الحقوق لاختصاصها بأحكام خاصة :

١ً ـ الإبراء من نفقة الزوجة :

لا يصح بالاتفاق الإبراء من نفقة الزوجة حتى تصبح ديناً قائماً في ذمة زوجها ، أما قبل شغل ذمة الزوج بها ، فلا يصح إبراء الزوج عنها ؛ لأن الإبراء لا يكون إلا من دين قائم موجود .

لكن لا تصبح النفقة المستحقة ديناً واجباً عند الحنفية إلا إذا كانت مفروضة بالقضاء أو التراضي عليها . ويصح الإبراء عن النفقة المتجمدة التي سبق فرضها ، ويصح الإبراء عن نفقة الشهر بدخول الشهر إذا كانت مفروضة مشاهرة ، وعن السنة في بداية السنة إذا فرضت مسانهة ، وعن اليوم الأول إن فرضت مياومة .

٢ً ـ المبارأة بين الزوجين :

تكون المبارأة بين الزوجين لفسخ الزواج ، وإسقاط الحقوق المترتبة عليه ، ويترتب عليها عند الحنفية بينونة الزوجة بطلقة بائنة ، كالخلع ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : بارأتك على ألف دينار ، فتقول له : قبلت ، أو نحوه ، والمعنى : خالعتك من الزواج على ألف ، وعليها دفع عوض المبارأة .

٣ـ الإبراء عن حق الدعوى :

الإبراء عن الدعوى إما عام أو خاص :

الإبراء عن الدعوى إبراء عاماً بإسقاط الحق في المخاصمة لا يجوز اتفاقاً ؛ لأنه يتناول الموجود وما لم يوجد ، والإبراء عما لم يوجد سبب وجوبه باطل . لكن الإبراء العام عن جميع الدعاوى السابقة بين شخصين صحيح ، كأن يقول شخص : أبرأت فلاناً من جميع الدعاوى ، أو ليس لي عنده حق أبداً[١] .

والإبراء الخاص عن دعوى معينة صحيح اتفاقاً ، ولا تسمع دعواه بعدئذ عن موضوع تلك الدعوى[٢] .

وقد يحصل الإبراء ضمناً أو تبعاً ، وهو الإبراء عن العين ، يكون عند الحنفية إبراء عن ضمانها أو دعواها ، كما بينا .

المبحث الخامس ـ أنواع الإبراء :

لإبراء الإسقاط تقسيمات باعتبارات متعددة ، فقد ينقسم بحسب الشمول وعدمه إلى خاص وعام ، وقد ينقسم بحسب الزمن إلى ماض ومستقبل ، وقد ينقسم بحسب صيغته إلى إبراء إسقاط و إبراء استيفاء .

التقسيم الأول ـ الإبراء من حيث الشمول وعدمه :

الإبراء نوعان : عام وخاص[٣] .

أما العام : فهو الإبراء عن كل عين ودين وحق لشخص عند آخر . ويشمل كما بين

---

(١) المجلة : م ١٥٦٥ .

(٢) المجلة : م ١٥٦٤ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٤/٤٩٥ .

الحنفية البراءة عن كل حق ، ولو غير مالي كالكفالة بالنفس والقصاص وحد القذف ، والبراءة عما هو بدل مالي كالثمن والأجرة ، وبدل غير مالي كالمهر وأرش الجناية ، وما هو مضمون كالمغصوب ، أو أمانة كالوديعة والعارية .

وأما الإبراء الخاص : فهو ما يتناول حقاً معيناً ، وحكمه أنه يختص بمحله ، فإذا أبرأ عن دين خاص برئ عنه ، أو عن دين عام كالإبراء عما لشخص عند آخر ، برئ أيضاً . وإذا أبرأ عن دار أو عين أو أمانة برئ .

التقسيم الثاني ـ الإبراء من حيث الزمن والأشخاص :

يقتصر أثر الإبراء على ما سبق تاريخه ، فلا يشمل ما بعده من ديون أو حقوق ، للاتفاق على اشتراط وجود سبب سابق لصحة الإبراء ، جاء في فتاوى قاضيخان : « البراءة السابقة لا تعمل في الدين اللاحق » .

وأما أثر الإبراء على غير المبرأ ، كإبراء البائع المشتري من بعض الثمن ، فرأى أبو حنيفة ومالك أن الشفيع يستفيد من الإبراء ، فيسقط عنه مقدار ما حطه البائع عن المشتري ، ويلتحق حط البعض بأصل العقد .

ورأى الحنابلة والشافعية أن الإبراء يصح ، ولا يستفيد منه سوى المشتري ، أما الشفيع فيدفع الثمن كله أو يترك[1] .

التقسيم الثالث ـ الإبراء بحسب صيغته :

ينقسم الإبراء عند الحنفية[2] بحسب صيغته إلى إبراء إسقاط وإبراء استيفاء .

أما براءة الإسقاط : فتسقط الدين عن الذمة ، مثل : أسقطت ، وحططت ، وأبرأت براءة إسقاط ، وهي قد تكون بالنسبة للدين كله أو بعضه .

---

(١) فتح القدير والعناية : ٢٧١/٥ ، الدسوقي : ٤٩٥/٣ ، المغني : ٣٢٣/٥ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ١٧٦/٤ .

وأما براءة الاستيفاء : فهي عبارة عن الإقرار بأنه استوفى حقه وقبضه ، مثل أبرأتك براءة استيفاء ، أو قبض ، أو أبرأتك عن الاستيفاء . وتفيد عدم جواز المطالبة بالدين بعدئذ .

والفرق بينهما بالنسبة للرجوع على الدائن المبرئ : أن المدين المبرأ يرجع بما دفع في براءة الإسقاط ، لا في براءة الاستيفاء اتفاقاً ، ويتفرع عنه أنه لو علق رجل طلاق امرأته بإبرائها عن المهر ، ثم دفعه لها ، لا يبطل التعليق ، وإذا أبرأته براءة إسقاط وقع الطلاق ورجع عليها بالمهر .

وبالنسبة لأثرهما يختص إبراء الإسقاط بالديون ؛ لأن العبارة فيه صريحة في إسقاطها ، ولا يصح في الأعيان ، لعدم صحة إسقاط الأعيان . أما إبراء الاستيفاء : فإنه يكون في الدين والعين جميعاً ؛ إذ الإقرار بالوفاء كما يكون في الدين يكون في العين ، عن طريق دفعها إلى مالكها .

المبحث السادس ـ حكم الإبراء وحكم الرجوع عنه :

حكم الإبراء ، أي أثره المترتب عليه إذا صدر مستوفياً شروطه : هو سقوط الحق المبرأ منه بحسب كون الإبراء خاصاً أو عاماً ، فإذا كان خاصاً ، لم تجز المطالبة بالحق ، ولا تسمع دعواه فيما تناوله الإبراء . وإذا كان عاماً شمل جميع الحقوق الموجودة عند صدوره ، ولا يشمل ما يحدث بعده من الحقوق .

ولا يقبل من المبرئ الرجوع عن الإبراء ولا العدول عنه في رأي الحنفية والحنابلة ، وفي الراجح عند الشافعية[1] ، كما لا يقبل الرجوع بالاتفاق إذا زال الملك عن الموهوب .

---

(١) تكملة ابن عابدين : ١٨٢/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ١٥٢ ، كشاف القناع : ٣٤٦/٤ .

وكذلك لا يجوز الرجوع عن الإبراء في مذهب المالكية بعد القبول ؛ إذ ظاهر المذهب كما عرفنا اشتراط القبول[1] ، كما لا يجوز في الهبة .

واستثنى الحنفية[2] من أثر الإبراء بعدم سماع الدعوى بعده المسائل الآتية :

١ ـ ادعاء ضمان الدَّرَك في البيع السابق للإبراء ؛ لأنه وإن كان البيع متقدماً على الإبراء ومشمولاً بأثره ، فإن ضمان الدرك متأخر عنه . وضمان الدرك : هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه ، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه .

٢ ـ ظهور شيء من الحقوق للقاصر، لم يكن يعلم به ، بعد أن بلغ وأبرأ وصيه إبراءً عاماً ، بأن أقر بأنه قبض كامل تركة والده .

٣ ـ ادعاء الوصي ديناً للميت ، بعد أن أقر باستيفاء جميع ماله على الناس .

٤ ـ ادعاء الوارث ديناً للمورث ، بعد إقراره على النحو السابق .

وسبب استثناء هذه الصور طروء خفاء يعذر به المبرئ في دعواه مع صدور الإبراء العام منه .

ويلاحظ أن سقوط حق الادعاء بسبب الإبراء إنما هو عند الحنفية بالنسبة لأحكام القضاء لا الديانة ، فلو ظفر المبرئ بحقه أخذه[3] .

وقال الشافعية[4] : الإبراء في الدنيا إبراء في الآخرة .

---

(١) الفروق : ١١١/٢ .

(٢) تنبيه ذوي الأفهام لابن عابدين : ٩١/٢ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٤٩٥/٤ ، تكملة ابن عابدين : ١٨٢/٢ .

(٤) حاشية قليوبي وعميرة : ٣٢٧/٢ .

وللمالكية قولان[1] ، الظاهر منهما أن الإبراء مطلقاً يشمل أحكام الدنيا والآخرة ، فلا يؤاخذ المولى أحداً بحق جحده ، وأبرأه صاحبه منه . والقول الآخر : لا تسقط عنه مطالبة الله في الآخرة بحق خصمه .

سماع الدعوى بعد الإبراء العام :

لا تسمع الدعوى بعد الإبراء ، كما بينا ، ولكن فصل الحنفية[2] في الموضوع ، فقالوا : إن كان الإبراء العام عن الدين ، فلا تسمع الدعوى بعده إلا عن دين حادث بعد الإبراء .

وإن كان الإبراء عن عين : فلا تسمع الدعوى بعده إن كان المدعى عليه منكراً كون العين للمدعي ؛ لأن الإبراء من المدعي موافقة على الإنكار.

أما إن كان المدعى عليه مقراً بأن العين للمدعي ، لكنه تمسك بإبراء المدعي ، فإن كانت العين قائمة تسمع الدعوى بعد الإبراء عنها ، وإن كانت هالكة ، كان الإبراء عن ضمانها ، فلا تسمع الدعوى بها بعد الإبراء كالدين .

أثر الإقرار بعد الإبراء :

لا يعتبر - كما أبان الحنفية والمالكية[3] - الإقرار بالدين بعد صدور الإبراء العام من الدين إبراء عاماً ؛ لأن الدين قد سقط بالإبراء ، والساقط لا يعود .

الإبراء بعوض :

الإبراء بعوض عند الحنفية[4] : هو صلح بمال .

---

(١) الدسوقي : ٤١١/٣ .

(٢) إعلام الأعلام لابن عابدين : ١٠٠/٢ .

(٣) إعلام الأعلام : ١٠١/٢ ، الدسوقي : ٤١١/٣ .

(٤) الدر المختار : ٤٩٥/٤ .

وأجاز الشافعية[1] بذل العوض في الإبراء، كأن يعطيه مُتاعاً مثلاً مقابل الإبراء عما عليه من الدين، فيملك الدائن العوض المبذول له، ويبرأ المدين. لكن لو أعطاه بعض الدين على أن يبرئه من الباقي، فليس العطاء تعويضاً، وإنما هو من الدائن قبض بعض حقه، ويظل الباقي في ذمة المدين، ويبطل الإبراء عند الجمهور غير المالكية، كما بينا في شروط الصيغة.

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج: ٣٨١/٣، طبعة إحياء التراث.

الفصل الخامس عشر

الاستحقاق

الكلام فيه يتناول تعريفه ، وحكمه المترتب عليه من فسخ ورجوع ، وحكم الاستحقاق في عقود البيع والمقايضة والرهن والقسمة والصلح ، والإجارة ، والمساقاة والمزارعة ، والزواج بالنسبة للصداق وبدل الخلع ، والوصية ، والوقف ، وحكم استحقاق الأضحية والهدي ، وفيه ثلاثة مباحث : الأول ـ التعريف والحكم ، والثاني ـ أثر الاستحقاق في طائفة من العقود ، والثالث ـ حكم استحقاق الأضحية والهدي .

المبحث الأول ـ تعريف الاستحقاق وحكمه المترتب عليه :

الاستحقاق لغة : طلب الحق ، فالسين والتاء للطلب ، لكن في المصباح : استحق فلان الأمر : استوجبه ، فالأمر مستَحق (اسم مفعول) ومنه خرج المبيع مستحقاً ، فصار المعنى الشرعي موافقاً للمعنى اللغوي .

وفقهاً : ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير . وبعبارة أخرى :

الاستحقاق : هو أن يدعي شخص ملكية شيء ، ويثبت دعواه ، ويقضي له القاضي بملكيته ، وانتزاعه من يد حائزة .

وعرفه المالكية بقولهم : هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله .

والاستحقاق بالنسبة لفسخ العقد نوعان[1] :

١ ـ مبطل للملك بالكلية : بحيث لا يبقى لأحد عليه غير المدعي حق التملك ، كالعتق والحرية الأصلية . وحكمه : أنه يوجب فسخ العقد بلا حاجة لحكم القاضي ، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن ، فلو أقام العبد بيِّنة أنه حر الأصل ، أو أنه كان عبداً لفلان فأعتقه ، فلكل واحد وإن لم يرجع عليه أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه ، ويرجع هو أيضاً على بائعه الأول .

٢ ـ وناقل للملك من شخص إلى آخر ، وهذا هو الغالب : كأن ادعى زيد على خالد أن مافي يده من المتاع ملك له ، وبرهن على ادعائه .

وحكمه : أنه لا يوجب فسخ العقد ؛ لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري ، وإنما يتوقف على إجازة المستحق أو فسخه ، والصحيح عند الحنفية أن العقد لا ينفسح مالم يرجع المشتري على بائعه بالثمن ، ويفسخ العقد في الأصح من ظاهر الرواية بالفسخ أي بالتراضي ، لا بمجرد القضاء بالاستحقاق .

وليس لأحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن ، مالم يُرجع عليه ، لئلا يجتمع الثمنان في ملك واحد ، أي فليس للمشتري الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأخير .

والحكم بالاستحقاق يشمل ذا اليد فيؤخذ المدعى به من يده ، ويشمل أيضاً كل من تلقى ذو اليد الملك منه . قال صاحب الدر : الحكم بالاستحقاق حكم على ذي اليد ، وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه ، ولو كان مورثه ، ويتعدى الأمر إلى بقية الورثة .

إثبات المستحق حقه : يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا ثبت الاستحقاق

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ١٩٩/٤ وما بعدها .

ببينة المستحق ؛ لأنها حجة متعدية تظهر في حق كافة الناس ، ولا تصير حجة معتبرة إلا بقضاء القاضي ، حتى ينفذ قضاؤه في حق الكافة بماله من ولاية عامة .

أما إذا ثبت الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله بالخصومة ، أو بنكولهما ، فلا رجوع ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره ، لعدم ولايته عليه[1] .

تناقض الادعاءات : التناقض في الدعوى[2] : أي التدافع في الكلام ، يمنع دعوى الملك لعين أو منفعة ، إذا كان الكلام الأول قد أثبت حقاً لشخص معين ، كأن ادعى شخص على آخر أنه أخوه ، وطالبه بالنفقة ، فقال المدعى عليه : ليس هو بأخي ، ثم مات المدعي عن تركة ، فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه ، فإن قال : هو أخي ، لم يقبل ، للتناقض .

أما إذا لم يثبت الكلام الأول لآخر حقاً ، لم يمنع دعوى الملك ، لقول المدعي : لا حق لي على أحد من أهل بلدة كذا ، ثم ادعى شيئاً على أحد منهم ، تصح دعواه .

ولا يمنع التناقض أيضاً دعوى ما خفي سببه كالنسب والطلاق ، والحرية ، كما إذا اشترى ثوباً في شيء مغلّف ، ثم زعم أنه له ، ولم يعرِّفه ، تقبل دعواه .

ومثال النسب : لو باع عبداً مثلاً ، ثم باعه المشتري لآخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه ، تقبل دعواه ، و يبطل الشراء الأول والثاني ؛ لأن النسب يبتنى على العلوق ، فيخفى عليه ، فيعذر في التناقض .

ومثال الطلاق : إذا قاسمت المرأة ورثة زوجها ، وقد أقروا بالزوجية كباراً ، ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها في حال صحته ثلاثاً ، رجعوا عليها بما أخذت .

---

(١) الدر المختار : ٢٠٣/٤ .

(٢) المرجع السابق : ٢٠٥/٤ وما بعدها .

ومثـال الحريـة : أن يبرهن البـائع أو المشتري أن البـائع حرر العبـد المبيع قبل بيعه ، يقبل قوله ؛ إذ التناقض متحمل في العتق .

المبحث الثاني ـ حكم الاستحقاق في طائفة من العقود :

أولاً ـ الاستحقاق في عقد البيع والمقايضة :

أما أثر الاستحقاق في المقايضـة : فلو استحق بـدل المبيع ، كأن اشترى داراً بسيارة ثم استحقت السيارة ، وأخذت الدار بالشفعة ، بطلت الشفعة ، ويأخذ البـائع الدار من الشفيع ، لبطلان البيع ؛ لأن الاستحقاق في بيع المقايضة ، يبطل البيع[1] .

وأما أثر الاستحقاق في البيـع ، ففيه تفصيل وآراء :

رأي الحنفية[2] :

١ً ـ استحقاق بعض المبيع :

أ ـ إن استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ، ولم يجز المستحق ، بطل العقـد في القدر المستحق ؛ لأنه تبين أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع ، ولم توجـد الإجـازة من المالك ، فبطل ، وللمشتري الخيار في الباقي : إن شـاء رضي بـه بحصتـه من الثمن ، وإن شاء رده سواء أحدث عيباً في الباقي أم لا ، وسواء استحق الجزء المقبوض أو غيره ؛ لأنه إذا لم يرض المستحـق ، فقـد تفرقت الصفقـة على المشتري قبـل تمـام العقـد ، والتفرق يوجب الخيار ، فكذا هذا .

ب ـ وإن كان الاستحقـاق بعـد قبض البعض دون البعض أو بعـد قبض الكل ، بطل البيع في القدر المستحق .

---

(١) الدر المختار : ٢١١/٤ .

(٢) البدائع : ٢٨٨/٥ وما بعدها ، فتح القدير : ١٧٥/٥ وما بعدها .

ثم ينظر في حالة قبض الكل : إن كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي ، بأن كان المعقود عليه شيئاً واحداً كالدار والسيارة والدابة ونحوها ، فالمشتري بالخيار في الباقي : إن شاء رضي بحصته من الثمن ، وإن شاء رد ؛ لأن الشركة في الأعيان عيب .

وإن كان استحقاق ما استحق لا يوجب عيباً في الباقي ، بأن كان المعقود عليه شيئين كالدابتين أو كمية من المثليات من مكيل كالقمح أو موزون كالزيت ، فاستحقت إحداهما ، فإنه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن ؛ لأنه لا ضرر في تبعيضه ، فلم يكن له خيار الرد .

والخلاصة : أنه في حال استحقاق بعض المبيع تتفرق الصفقة على المشتري الأخير ، فيثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة ، فإن شاء احتفظ بباقي المبيع ، وإن شاء فسخ العقد فيه ورده للبائع ، إلا إذا كان استحقاق البعض قد وقع بعد قبض المشتري جميع المبيع ، ولم تضر المبيع التجزئة ، فلا يثبت للمشتري حينئذ خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض ، بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن .

٢ ـ استحقاق المبيع كله :

إن أثبت المستحق ملكية المبيع كله بالبينة ، فقضي له به ، لا ينفسخ البيع ، بل يصبح متوقفاً على إجازة المستحق : فإن أجاز البيع بقي المبيع للمشتري ، ويأخذ المستحق الثمن من البائع ، ويصبح البائع كوكيل عنه بالبيع ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وإن لم يجز المستحق البيع ، بل اختار أخذ المبيع ، ينفسخ البيع السابق بالفسخ أي بالتراضي عليه في ظاهر الرواية ، ويكون البائع ملتزماً للمشتري برد الثمن .

لكن إن كان الاستحقاق لموقوف أثبت المتولي وقفيته ، فإن البيع ينفسخ حتماً ، إذ ليس لأحد أن يجيز بيع الوقف .

شروط الرجوع بالثمن :

يشترط لرجوع المشتري على البائع بالثمن بعد استحقاق المبيع شروط ثلاثة[1] :

١ً ـ أن يكون الاستحقاق ناقلاً لملك البائع : بأن يدعي المستحق ملكاً مطلقاً أو من تاريخ أقدم من تاريخ الشراء ، فإن ادعى المستحق الملك منذ شهر ، وكان شراء المشتري من سنة مثلاً ، فلا رجوع له على بائعه ؛ لأن الاستحقاق حدث على ملك المشتري لا على ملك البائع .

٢ً ـ ألا يتصالح المشتري والمستحق على أن يدفع المستحق إلى المشتري بعض الثمن ويأخذ المبيع ؛ لأن المشتري عندئذ يكون قد أبطل حق رجوعه على البائع بهذا الصلح .

أما إن تم الصلح على ترك المبيع للمشتري مقابل شيء يدفعه المشتري للمستحق ، فلا يسقط حق الرجوع .

٣ً ـ ألا يكون البائع قد أبرأ المشتري عن الثمن قبل الاستحقاق : فلو كان قد أبرأه عنه ، فلا رجوع للمشتري عليه بشيء ؛ لأنه لم يدفع شيئاً .

شرط سماع دعوى الاستحقاق قبل قبض المبيع : لا تسمع دعوى الاستحقاق على المبيع قبل قبضه ، حتى يحضر البائع والمشتري عند القاضي للحكم عليهما ؛ لأن الملك للمشتري ، واليد للبائع ، والمدعي يدعيهما ، فشرط حضورهما للقضاء عليهما .

أما إذا رفعت دعوى استحقاق المبيع بعد قبض المشتري ، فيطلب حضور المشتري فقط ، ولا يشترط حضور البائع ، لكن يحق للمشتري طلب إدخاله في المحاكمة

(١) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص١٠٠ وما بعدها .

بصفة شخص ثالث ، لما له من علاقة بحق الرجوع عليه[1] . وأما زوائد المبيع كالولد : فإن أثبت المستحق حقه بالبينة أخذها؛ لأن البينة حجة مطلقة في حق جميع الناس ، ولكن بشرط القضاء بها ، وإن كان الإثبات بمجرد إقرار المشتري له بها أو بالنكول لأنه في حكم الإقرار، فلا يستحق أخذها ؛ لأن الإقرار حجة على المقر فقط[2] .

٣ـ استحقاق احتباس المبيع :

إذا ظهر أن المبيع مستحق الاحتباس لغير البائع بسبب كونه مرهوناً (إشارة رهن) أو مأجوراً ، وثبت الاستحقاق بالبينة ، ففيه تفصيل :

أ ـ إن أجاز المرتهن أو المستأجر البيع ، انفسخ الرهن والإجارة ، ويصبح ثمن المبيع رهناً مكان البيع ، وللمرتهن حبس المبيع حتى يقبض الثمن ، وللمستأجر حبس المبيع حتى تعاد إليه الأجرة عن المدة الباقية من الإجارة لو كانت مدفوعة[3] .

ب ـ وإن لم يجز المرتهن أو المستأجر البيع ، ليس له فسخه ، بل يبقى المبيع في يده ، ويخير المشتري بين أن ينتظر فكاك الرهن وانتهاء مدة الإجارة ، أو يفسخ البيع ، ويسترد الثمن المدفوع .

رأي المالكية[4] :

إذا استحق إنسان شيئاً من يد آخر وأثبت حقه بما تثبت به الأشياء في الشرع ، فلا يخلو من أن يستحق من الشيء أقله ، أو كله أو جله .

فإن كان المستحق أقل الشيء : فيرجع على المشتري بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع .

---

(١) الدر المختار : ٢٠٧/٤ .

(٢) الدر المختار : ٢٠٤/٤ وما بعدها .

(٣) انظر المادة ٥٩٠ و ٧٤٧ من المجلة .

(٤) بداية المجتهد : ٣٢٠/٢ وما بعدها ، الدسوقي : ٤٧٠/٣ .

وإن كان المستحق كل الشيء أو جله : فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ، ورجع المشتري على البائع بالثمن . وإن تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته ، رجع بقيمته يوم الشراء .

وإن تغير الشيء بزيادة : فإن كانت الزيادة من ذات الشيء ، أخذها المستحق ، مثل أن تسمن الدابة أو يكبر نتاجها . وإن كانت الزيادة من قبل المشتري المستحق منه ، كأن يبني في الدار بناء ، فتستحق من يده ، فيخير المستحق بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه ، وبين أن يدفع إليه المشتري قيمة ما استحق ، أو يكونا شريكين : هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاء .

وإن تغير الشيء بنقصان : فإن كان من غير سبب المستحق من يده ، فلا شيء على المستحق منه . وإن كان بسبب من المستحق منه كأن يهدم الدار ، ويبيع أنقاضها ، ثم تستحق منه ، فيرجع المستحق على المستحق منه بثمن ما باع من الأنقاض .

رأي الشافعية[1] :

إذا استحق بعض المبيع دون البعض الآخر ففيه خيار تفرق الصفقة ، والأظهر من القولين عندهم في تفريق الصفقة تجزئة البيع ، وإعطاء كل جزء من المبيع حكمه ، فيصح البيع فيما يأخذه المشتري ، ويبطل في المستحق ، ويرجع المشتري على البائع بحصة المستحق من الثمن .

وأما إذا استحق المبيع كله ، فيرجع المشتري بالثمن كله على البائع ، سواء علم

(١) المهذب : ٢٦٩/١ ، ٢٨٨ ، مغني المحتاج : ٤٠/٢ ـ ٤٢ ، ٦٥ ـ ٦٦ ، أسنى المطالب : ٣٤٩/٢ وما بعدها .

بالاستحقاق حال العقد، أم لم يعلم؛ لأنه أزيلت يده عن المبيع بسبب كان في يد البائع، وينفسخ البيع.

ولو خرج المبيع مستحقاً قبل القبض، فلم يقبضه المشتري، لم يكن للمستحق مطالبة المشتري به، لعدم قبضه له حقيقة، وكذا لو باعه قبل نقله، فنقله المشتري الثاني، فليس للمستحق مطالبة المشتري الأول، لعدم قبضه له حقيقة. وإن وضع البائع المبيع بين يدي المشتري، فخرج مستحقاً، لم يضمنه المشتري، أي لم يطالب ببدله؛ لأن الوضع بين يدي المشتري يكون قبضاً في البيع الصحيح دون الفاسد، وكذا تخلية الدار ونحوها إنما تكون قبضاً في الصحيح دون الفاسد.

ولو اعترف المشتري للبائع بالملك، ثم استحق المبيع، فإنه يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه اعتراف بظاهر اليد.

ولو استحق المبيع باعتراف المشتري أو بنكوله عن يمين نفي العلم باستحقاق المبيع مع يمين المدعي المردودة، لم يرجع بالثمن على البائع، لتقصيره باعترافه مع شرائه أو بنكوله، وهذا موافق للحنفية.

أما إن استحق المبيع ببينة، أو بتصديق البائع والمشتري للمدعي، رجع المشتري على البائع بالثمن إن كان باقياً، وببدله إن كان تالفاً.

رأي الحنابلة[1]:

إذا استحق المبيع رجع المشتري على البائع بالثمن وبما غرمه من أجل بناء أو غرس في أرض؛ لأن البائع غرَّ المشتري ببيعه الأرض مثلاً وأوهمه أنها ملكه، لكن لا يرجع بما أنفق على الحيوان ولا بخراج الأرض؛ لأن المشتري التزم ضمان النفقة

---

(١) كشاف القناع: ٢١٦/٣، ٤٧/٤، ٣٥٧، ط مكة.

باعتبار أن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه . ولمستحق الأرض قلع الغراس والبناء ، بلا ضمان نقص لموضعه .

وعبارتهم : إذا بنى المشتري على الأرض ثم أخذها المستحق ، وهدم البناء ، فالأنقاض للمشتري ؛ لأنها أعيان ماله ، ويرجع بقيمة التالف على البائع ؛ لأنه غره ، وقيده الشيخ التقي في موضع بما إذا كان عالماً ، وإلا فلا تغرير . وهذا الرأي يصلح في الجملة أساساً للتعويض عن الخسارة .

ثانياً ـ الاستحقاق في عقد الرهن (استحقاق المرهون) :

رأي الحنفية[1] :

لو استحق بعض المرهون بعد الرهن ، ينظر إلى الباقي :

أ ـ إن كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتداء ، لا يفسد الرهن فيه .

ب ـ وإن كان مما لا يجوز رهنه ابتداء ، فسد الرهن في الكل ، كاستحقاق بعض الرهن شائعاً ؛ لأنه لما استحق بعضه تبين أن العقد لم يصح في القدر المستحق ، وأنه لم يقع إلا على الباقي ، وبما أن الباقي شائع ، فيفسد الرهن ؛ لأن الشيوع عندهم يمنع صحة الرهن .

رأي المالكية[2] :

إذا استحق بعض الرهن المعين ، فإن الباقي يكون رهناً عن جميع الدين .

وأما غير المعين : فيأتي الراهن للمرتهن ببدل البعض المستحق . وإذا استحق كل المرهون : فإن كان قبل قبض الرهن ، فيخير المرتهن بين إمضاء العقد بلا رهن ، وبين

---

(١) البدائع : ١٤١/٦ ، ١٥١ .

(٢) الخرشي : ٢٨٨/٥ ، ٢٩٨ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٣٨/٣ .

الفسخ . وإن استحق بعد القبض يبقى دينه بلا رهن ، إلا أن يغره ، فيخير بين الفسخ وعدمه . ومن رهن عقاراً أو حيواناً فاستحق شخص حصته منه ، وتركها تحت يد المرتهن ، فتلفت ، فلا يضمنها المرتهن ؛ لأنها باستحقاقها خرجت من الرهنية ، وصار المرتهن أميناً فلا يضمن إلا مابقي .

رأي الشافعية[1] :

إن استحق المرهون المبيع ، رجع المشتري على الراهن ؛ لأن المبيع له ، فكانت العهدة عليه ، ويستقر الضمان عليه ، لو رجع المشتري على العدل الذي وضع عنده الرهن ، إذ يجوز الرجوع عليه لوضع يده عليه .

رأي الحنابلة[2] :

إذا قبض المرتهن الرهن ، فوجده مستحقاً ، لزمه رده على مالكه ، والرهن باطل من أصله . وإن استحق الرهن المبيع ، رجع المشتري على الراهن ؛ لأن المبيع له ، فالعهدة عليه ، كما لو باع بنفسه ، وحينئذ لا رجوع له على العدل إن أعلمه العدل أنه وكيل .

ثالثاً ـ الاستحقاق في القسمة (استحقاق المقسوم كله أو بعضه) :

رأي الحنفية[3] :

إذا استحقت العين المقسومة بطلت القسمة في الظاهر ، ولكن تبين أنها في الحقيقة لم تصح . ولو استحق شيء منها ، فإنها تبطل في القدر المستحق .

---

(1) مغني المحتاج : ١٣٥/٢ .

(2) المغني : ٣٩٧/٥ ، كشاف القناع : ٣٣٤/٣ .

(3) البدائع : ٢٤/٧ .

رأي المالكية[1] :

أ ـ إن استحق جل ما بيد أحد المتقاسمين ، فإن القسمة تنفسخ ، وترجع الشركة كما كانت قبل القسمة .

ب ـ وإن استحق نصف أو ثلث من نصيب أحد المتقاسمين ، خير المستحق بين التمسك بالباقي ولا يرجع بشيء ، وبين رجوعه شريكاً فيما بيد شريكه بنصف قدر ما استحق .

جـ ـ وإن كان المستحق ربع مابيد أحد المتقاسمين ، فلا خيار له ، والقسمة باقية لا تنقض ، وليس له إلا الرجوع بنصف قيمة ما استحق من يده ، ولا يرجع شريكاً بنصف ما يقابله .

رأي الشافعية[2] :

أ ـ إن استحق بعد القسمة بعض مشاع من المقسوم كثلث أو ربع بطلت القسمة في البعض المستحق ، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة والأظهر منهما صحة القسمة وثبوت الخيار ، لعدم حصول مقصود القسمة : وهو التميز ، ولظهور انفراد بعض الشركاء بالقسمة .

ب ـ وإن استحق من النصيبين قدر معين على السواء ، بقيت القسمة في الباقي ؛ لأن كلاً من الشريكين وصل إلى حقه .

جـ ـ وإن كان المستحق من النصيبين لم يستو مع الآخر ، بأن اختص المستحق بأحد النصيبين أو شملهما ، لكنه في أحدهما أكثر من المستحق من نصيب الآخر ،

---

(1) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٥١٤/٣ .

(2) مغني المحتاج : ٤٢٥/٤ .

بطلت القسمة في الجميع ؛ لأن ما بقي لكل واحد ليس قدر حقه ، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر ، وتعود الإشاعة .

رأي الحنابلة[1] :

أ ـ إذاتقاسم الشركاء ، ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين ، بطلت القسمة ، لفوات التعديل ، أي لم تعدل فيها السهام ، فكانت باطلة .

ب ـ وإن كان المستحق من الحصتين على السواء ، بأن اقتسما أرضاً ، فاستحق من حصتها معاً قطعة معينة على السواء في الحصتين ، لم تبطل القسمة فيما بقي من الأرض ، كما قرر الشافعية ؛ لأن القسمة إفراز حق كل واحد منهما ، وقد أفرز ، كما لو كان المقسوم عينين ، فاستحق إحداهما .

جـ ـ وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر ، أو كان ضرره في نصيب أحدهما أكثر من ضرره في نصيب الآخر ، كسد طريقه ، أو سد مجرى مائه ، أو سد محل طريقه ونحوه مما فيه ضرر ، بطلت القسمة ، لفوات التعديل ، كالحالة الأولى .

وكذلك تبطل القسمة إن كان المستحق مشاعاً في نصيبهما ؛ لأن الشريك الثالث لم يرض ، ولم يحكم عليه بالقسمة .

وتبطل القسمة أيضاً إن كان المستحق مشاعاً في أحد النصيبين ، لفوات التعديل .

---

(١) كشاف القناع : ٣٧٦/٦ ، ط مكة .

رابعاً ـ الاستحقاق في الصلح (استحقاق محل الصلح أو عوض الصلح) :

رأي الحنفية[1] :

أ ـ إذا صالح على مال (عوض الصلح) ثم استحق من يد المدعي ، لم يصح الصلح ؛ لأنه تبين أن المصالح عليه (العوض) ليس مملوكاً للمصالح ، وهذا شرط لصحة الصلح .

ب ـ إذا كان الصلح عن إقرار ، واستحق بعض المصالح عنه (محل الصلح) رجع المدعى عليه بحصة المستحق من العوض ؛ لأن هذا الصلح معاوضة مطلقة كالبيع . وإن استحق كل المصالح عنه ، رجع بكل المصالح عليه .

جـ ـ وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار ، فاستحق المتنازع فيه ، رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ، ورد العوض ؛ لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا لدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق ظهر ألا خصومة له ، فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه ، فيسترده ، كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل بغرض دفعه إلى رب الدين (الدائن) ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل ، فإنه يسترده ، لعدم اشتماله على تحقيق غرضه .

رأي المالكية[2] :

أ ـ استحقاق مابيد المدعي : من ادعى على شخص بشيء كحصان ، فأقر له به ، ثم صالحه عنه بشيء معلوم قيمي كثوب ، أو مثلي كطن قمح ، ثم استحق ذلك المصالح به ، فإن المدعي يرجع في عين شيئه الذي أقر به المدعى عليه إن لم يفت ، فإن فات

---

(١) البدائع : ٤٨/٦ م ٥٤ ، تكملة فتح القدير مع العناية : ٢٩/٧ .

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٧٠/٣ ، الشرح الصغير : ٦٢٦/٣

ذلك الشيء المقر به ، فإن المدعي يرجع في عوضه ، أي يرجع بقيمته إن كان قيمياً ، أو بمثله إن كان مثلياً .

ب ـ استحقاق مابيد المدعى عليه : من ادعى على شخص بحصان مثلاً ، وأنه ملكه ، فأنكره ، ثم صالحه بقيمي ، أو مثلي ، ودفعه له ، ثم استحق الحصان فإن المدعى عليه المنكر يرجع على المدعي بما دفعه له إن لم يفت ، أما إن فات ، رجع بقيمته إن كان قيمياً ، أو بمثله إن كان مثلياً .

وإن استحق ما بيد المدعى عليه في الصلح بإقرار، لا يرجع المقر على المدعي بشيء ، لاعترافه أنه ملكه ، وأن المستحق أخذه منه ظلماً .

فمن اشترى سلعة وهو عالم بصحة ملك بائعها ، فاستحقت من المشتري ، فلا رجوع له على البائع ، لعلمه أن المستحق ظالم في أخذها منه .

رأي الشافعية[1] :

لو صالح شخص غيره على دار مثلاً على شيء معين ، فاستحق الشيء ، انفسخ العقد . فإن تعذر الرد بتلف في يده ونحوه ، رجع في جزء من الدار بقدر مانقص من قيمة الشيء ، كما لو باع الدار .

رأي الحنابلة[2] :

لو صالح المدعى عليه عن دار بعوض ، فبان العوض مستحقاً ، رجع المدعي في الدار المصالح عنها ؛ لأن الصلح عن إقرار ههنا بيع في الحقيقة ، فإذا بان كون العوض مستحقاً ، كان البيع فاسداً ، فرجع فيما كان له .

---

(١) أسنى المطالب : ٢/٢١٨ .

(٢) المغني : ٥/٤٩٣ .

وذلك بخلاف الصلح عن القصاص ، فإنه ليس بيعاً ، فلو صالح عن القصاص بمتاع نفيس ، فخرج مستحقاً ، رجع بقيمته .

وإن كان الصلح عن إنكار ، وظهر العوض مستحقاً ، رجع المدعي إلى دعواه قبل الصلح ، لتبين بطلانه .

خامساً ـ الاستحقاق في الإجارة (استحقاق الأجرة أو المأجور) :

رأي الحنفية[1] :

لو آجر شخص داراً له ، ثم استحقت ، وأجاز المستحق الإجارة : فإن كانت الإجازة قبل استيفاء المنفعة ، جازت إجارته ، وكانت الأجرة للمالك ؛ لأن المعقود عليه قائم . وإن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة ، لم تجز إجارته ، وكانت الأجرة للعاقد ؛ لأن المنافع عند الإجازة كانت معدومة ، فلا يبقى العقد بعدئذ .

وإن كانت الإجازة بعد مضي بعض المدة فيما لو آجرها غاصب ، فالأجر كله للمالك في قول أبي يوسف . وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر مابقي للمالك .

رأي المالكية[2] :

إذا أجر الأرض من هي في يده ، وهو ذو شبهة ، مدة سنين أو شهور مثلاً ، وقد مضى بعضها ، ثم استحقت الأرض بعد الزرع ، فيخير المستحق بين أن يفسخ العقد فيما بقي من مدة الإجارة ، وبين أن يجيز ما بقي منها ، ولاشيء له فيما مضى من الأجرة ؛ لأن ذا الشبهة يفوز بالغلة .

---

(١) البدائع : ١٧٧/٤ .

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٦٣/٣ .

رأي الشافعية[1] :

الظاهر أن استحقاق المأجور مثل تلفه ، والإجارة عندهم تنفسخ بانهدام الدار ، لفوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها أو استيفائها ، كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل قبضه . وتنفسخ أيضاً باستحقاق مأجور معين ، لفوات المعقود عليه .

رأي الحنابلة[2] :

إذا وقعت الإجارة على عين ، مثل أن يستأجر جملاً للحمل أو للركوب ، فخرج مستحقاً ، تبينا أن العقد باطل ، ولا يلزم المؤجر بالبدل .

وإذا وقعت الإجارة على عين موصوفة في الذمة ، فخرجت مستحقة لم يبطل العقد ، ولزمه بدلها ؛ لأن المعقود عليه موصوف غير متعين .

سادساً ـ الاستحقاق في المساقاة والمزارعة :

رأي الحنفية[3] :

إذا استحق النخيل ، يرجع العامل بأجر مثله ، إذا كان فيه ثمر وإلا فلا أجر له ، فإذا لم تخرج النخيل شيئاً حتى استحقت ، لا شيء للعامل ؛ لأن في المزارعة لو استحقت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لاشيء للمزارع ، فكذا هنا .

أما في المزارعة فيرجع العامل بقيمة الزرع ، على التفصيل السابق .

رأي المالكية[4] :

ينفسخ عقد المساقاة إذا استحق البستان المساقى عليه إن شاء المستحق ، إذ له

---

(١) مغني المحتاج : ٣٥٥/٢ ـ ٣٥٧

(٢) المغني : ٤٣٢/٥ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٢٠١/٥ .

(٤) الدسوقي : ٥٤٧/٣ وما بعدها ، الخرشي : ٢٦١/٦ ، بداية المجتهد : ٣٢١/٢ .

الخيار بين إبقاء العامل وبين فسخ عقده ، لأنه تبين أن العاقد له غير مالك . وإذا فسخ كانت الغلة للمستحق ، وعليه دفع أجر المثل للعامل بحساب ما عمل ، حتى لا يتضرر .

رأي الشافعية[1] :

لو خرج الثمر بعد العمل أو قبله مستحقاً لغير المساقي ، كأن أوصى المالك بثمر الشجر المساقى عليه ، أو خرج الشجر مستحقاً ، فللعامل على المساقي أجرة المثل لعمله ؛ لأنه فوت منافعه بعوض فاسد ، فيرجع ببدلها ، وذلك إذا عمل جاهلاً بالحال ، فإن علم الحال فلا شيء له .

رأي الحنابلة[2] :

إن ساقاه على شجر ، فبان مستحقاً بعد العمل ، أخذه المستحق وثمرته ؛ لأنه عين ماله ، ولا حق للعامل في ثمرته ؛ لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ، ولا أجر له عليه ، وله أجر مثله على الغاصب ؛ لأنه غرّه واستعمله ، فلزمه الأجر .

سابعاً ـ الاستحقاق في عقد الزواج :

١ ـ استحقاق الصداق :

رأي الحنفية[3] :

إذا استحق المهر المعين قبل التسليم كدار مثلاً ، صحت التسمية ، ووجب على الزوج قيمة الدار ، لتعذر تسليمها بالاستحقاق ، ولم يجب مهر المثل .

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٣١ .

(٢) المغني : ٥/٣٨١ .

(٣) البدائع : ٢/٢٧٨ ، فتح القدير : ٢/٤٥٥ ، ٤٦٢ .

ولو استحق نصف الدار، خيرت المرأة في النصف الباقي في يدها: إن شاءت ردته بالعيب الفاحش: وهو التشقيص في الأملاك المجتمعة، ورجعت بقيمة الدار، وإن شاءت أمسكته، ورجعت بقيمة نصفها.

ولو طلقها قبل الدخول، كان لها النصف الذي في يدها خاصة.

رأي المالكية[1]:

إذا استحق الصداق من يد المرأة أو وجد به عيب، رجعت بقيمته لا بمهر المثل، كما قال الحنفية؛ لأن طريق الزواج المكارمة، فقد ترجع بأضعاف مهر المثل وبعشره. وقيل في المذهب: ترجع بالمثل، وقيل: ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل.

رأي الشافعية[2]:

إن تزوجها بمغصوب أو بخمر، وجب مهر المثل في الأظهر، لصحة النكاح وفساد التسمية، لعدم كون المغصوب ملكاً للزوج؛ لأنه مستحق لغير الزوج، وعدم كون الخمر مالاً.

رأي الحنابلة[3]:

إن تزوجها على شيء معين كدار، فظهر مغصوباً أي مستحقاً للغير، فلها قيمته؛ لأن العقد وقع على التسمية المذكورة، فكان لها قيمته، ولأنها رضيت بقيمته، وذلك بخلاف مالو قال: أصدقتك هذه الدار المغصوبة، فلها مهر المثل؛ لأنها رضيت الزواج بلا شيء، لرضاها بما تعلم أنه لا يقدر على تمليكه إياها، فكان وجود التسمية كعدمها.

---

(١) بداية المجتهد: ٢٨/٢، الخرشي: ٢٩٦/٣، ١/٦.

(٢) مغني المحتاج: ٢٢٥/٣.

(٣) المغني: ٦٨٩/٦ ـ ٦٩٠، غاية المنتهى: ٦٠/٣، ٦٢.

وتخير الزوجة فيما إذا بان جزء من الصداق مستحقاً بين أخذ قيمة الشيء كله ، أو أخذ الجزء غير المستحق وقيمة المستحق ؛ لأن الشركة عيب ، فكان لها الفسخ كغيرها من العيوب .

والخلاصة : أن الجمهور يوجبون في حالة استحقاق المهر المعين القيمة ، والشافعية يوجبون مهر المثل .

٢ـ استحقاق بدل الخلع :

رأي الحنفية[١] :

لو اختلعت المرأة على شيء معين ، فاستحق ، لزمها قيمته ؛ لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه .

رأي المالكية[٢] :

إذا خالع الرجل زوجته على شيء قيمي معين كثوب ، ثم استحق بملك ، فترد له قيمته يوم الخلع ، أما إن خالعها على شيء مثلي غير معين كقمح ، فترد له مثله ، وذلك إذا لم يعلم كلاهما بأنه ملك الغير ، فإن علما معاً أو علم دونها فلا شيء له ، وإن جهلا معاً رجع بالقيمة في القيمي المعين ، وبالمثل في الموصوف في الذمة ، وإن علمت دونه ، فإن كان بدل الخلع معيناً فلا خلع ، وإن كان موصوفاً في الذمة ، رجع بمثل المستحق .

والمغصوب والمسروق كالمستحق ، فيرجع الزوج على امرأته بقيمته إن كان معيناً ، وبمثله إن كان موصوفاً .

---

(١) فتح القدير : ٢٠٩/٣

(٢) الشرح الكبير والدسوقي : ٣٤٩/٢ وما بعدها .

رأي الشافعية[1] :

لو خالعها على عين معينة كدار، فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة، فردها، أو فاتت منها صفة مشروطة، فردها، رجع عليها بمهر المثل. والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد، وقيل: ضمان يد.

رأي الحنابلة[2] :

إذا خالع الرجل امرأته على عوض معين، فاستحق وبان غير مملوك لها، فالخلع صحيح؛ لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح، ولكن يرجع عليها بقيمته.

ثامناً ـ الاستحقاق في الوصية والوقف (استحقاق الموصى به والموقوف) :

رأي الحنفية[3] :

أما حكم استحقاق الموصى به فقالوا: من أوصى بأن يباع بيته، ويتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصي، وقبض الثمن، فاستحق البيت، ضمن الوصي؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم، فقد أخذ الوصي البائع مال غيره بغير رضاه، فيجب عليه رده لصاحبه، ويرجع الوصي على تركة الميت؛ لأنه عامل له، فيرجع عليه كالوكيل، ويرجع في جميع التركة، بسبب التغرير من الميت، فكان الضمان ديناً على الميت، والدين يقضى من جميع التركة. أما إذا كان البائع هو القاضي أو أمينه فلا

---

(١) مغني المحتاج: ٢٦٥/٣

(٢) المغني: ٧٣/٧ .

(٣) فتح القدير بالنسبة للوقف: ٤٦/٥ وما بعدها، تكملة الفتح مع العناية بالنسبة للوصية: ٤٩٨/٨ وما بعدها .

ضمان عليه ، منعاً من تعطيل القضاء ، بسبب الخوف من الغرامة ، فتتعطل مصلحة الأمة .

فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء ، لم يرجع الوصي على التركة بشيء ، لا على الورثة ولا على المساكين إن كان قد تصدق عليهم ؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت ، فصار كما إذا كان على الميت دين آخر .

وأما حكم استحقاق الموقوف : فقالوا : لو وقف شيئاً بكامله ثم استحق جزء منه شائعاً ، بطل الوقف عند محمد رحمه الله ؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الشيوع كان مقارناً للوقف ، كما في الهبة إذا وهب الكل ، ثم استحق بعضه ، بطلت لمقارنة الشيوع للهبة .

وإذا بطل الوقف في غير المستحق رجع الموقوف إلى الواقف ، لو كان حياً ، وإلى ورثته إن ظهر الاستحقاق بعد موته .

أما لو كان المستحق جزءاً معيناً ، فلم يبطل الوقف في الباقي ، لعدم الشيوع ، فلهذا جاز في الابتداء أن يقف الباقي فقط .

رأي الشافعية[1] :

إن أوصى شخص لآخر بثلث بيت معين مثلاً ، فاستحق ثلثاه ، فللموصى له الثلث الباقي ؛ لأن المقصود نفع الموصى له . وقيل : له ثلث الباقي ، وصححه الإسنوي . هذا إن احتمله الثلث ، وإلا فله ما يحتمله الثلث .

رأي الحنابلة[2]

من أوصى لآخر بثلث شيء معين كبيت ، فاستحق ثلثاه ، فللموصى له ثلث

(١) أسنى المطالب : ٦٢/٣ .

(٢) غاية المنتهى : ٣٦٨/٢ .

الباقي إن خرج من ثلث التركة ، وإلا فله ثلث الثلث إن لم تجز الورثة . وهذا متفق مع تصحيح الإسنوي كما تقدم .

المبحث الثالث ـ حكم استحقاق الأضحية والهدي :

رأي الحنفية[1] :

إن اشترى رجل شاة ليضحي بها ، فضحى بها ، ثم استحقها رجل آخر بالبينة ، فإن أخذها المستحق مذبوحة ، لا تجزئ أضحية عن واحد منهما ، وعلى كل واحد منهما أن يضحي بشاة أخرى مادام في أيام النحر ، وإن مضت أيام النحر ، فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ، ولا يلزمه التصدق بقيمة الشاة المشتراة ؛ لأنه بالاستحقاق تبين أن شراءه إياها للأضحية وعدم شرائه سواء . بخلاف ما إذا اشترى شاة للأضحية ، ثم باعها ، فإنه يلزمه التصدق بقيمتها ؛ لأن شراءه إياها للأضحية قد صح ، لوجود الملك ، فيجب عليه التصدق بقيمتها .

وإن ترك المستحق الشاة للذابح ، وضمنه قيمتها ، جاز الذبح ، كما إذا اغتصب شاة إنسان كان قد اشتراها للأضحية ، فضحاها عن نفسه بغير أمر صاحبها ، تجزئ عن الذابح إن ضمنه صاحبها قيمتها حية ؛ لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بأثر رجعي (أي بالاستناد إلى الماضي) فصار ذابحاً شاة هي ملكه ، فتجزيه ، لكنه يأثم ؛ لأن ابتداء فعله وقع محظوراً ، فتلزمه التوبة والاستغفار . وهذا قول أئمة الحنفية ما عدا زفر .

رأي المالكية[2] :

من اشترى شاة ثم ذبحها ، ثم استحقت ، فأجاز المستحق البيع ، أجزأت لفعله ذلك في شيء ضمنه بالعوض الذي وجب للمستحق .

---

(١) البدائع : ٧٦/٥ وما بعدها .

(٢) الخرشي : ٥٠/٣ .

رأي الشافعية[1] :

إذا صارت الأضحية معينة بأن قال : هذه أضحية ، أو نذر أضحية معينة ، فقال : « لله علي أن أضحي بهذه البقرة مثلاً » أو « علي أن أضحي بها » ولو لم يقل : لله تعالى ، لزمه ذبحها في وقت الأضحية ، فإن أتلفت هذه الأضحية المعينة أو المنذورة ، لا إن تلفت ، وجب عليه بدلها بأن يشتري بقيمتها مثلها ويذبحها في الوقت المطلوب شرعاً ، والظاهر لدي أن الاستحقاق مثل الإتلاف . وإن نذر أضحية في ذمته ، ثم عين المنذور كهذا البعير ، فإن تلفت المعينة عن النذر بقي الأصل في ذمته عليه في الأصح ؛ لأن ما التزمه ثبت في الذمة ، والمعين وإن زال ملكه عنه ، فهو مضمون عليه .

رأي الحنابلة[2] :

إن اشترى أضحية أو هدياً وعينها ، ثم بانت مستحقة بعد التعيين ، لزمه بدلها ، ولو بانت مستحقة قبل التعيين ، لم يلزمه بدلها ، لعدم صحة التعيين .

---

(١) مغني المحتاج : ٢٨٩/٤ .

(٢) كشاف القناع : ٩/٣ .

الفصل السّادس عشر

المقاصة

فيها مباحث أربعة تشمل : معنى المقاصة ومشروعيتها ، ومحلها ، وأنواعها وأحكامها[1] .

المبحث الأول ـ معنى المقاصة ومشروعيتها :

المقاصة لغة : المساواة ، وفقهاً عرفها ابن جزي[2] بأنها اقتطاع دين من دين ، وفيها متاركة ومعاوضة وحوالة . وعرفها الدردير[3] بقوله : هي إسقاط مالَكَ من دين على غريمك في نظير مالَهُ عليك بشروط . وهذا تعريف يشمل المقاصة الاتفاقية والمقاصة التي يطلبها أحد الطرفين وإن أبى الآخر . وعرفها الحنابلة بأن يستوي الدينان جنساً وصفة وحلولاً وأجلاً وقدراً .

وعرفها ابن القيم بقوله : المقاصة : سقوط أحد الدَّيْنين بمثله جنساً وصفة[4] .

---

(١) انظر بحث المقاصة للأستاذ محمد سلام مدكور في مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الأول والثاني ، السنة السابعة والعشرون ، والعدد الرابع من السنة التاسعة والعشرين .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٩٢

(٣) الشرح الكبير : ٢٢٧/٣

(٤) أعلام الموقعين : ٣٢١/١

فإذا كان لخالد دينار عند محمد ، ولمحمد دينار عند خالد ، تلاقى الدينان قصاصاً ، وسقط حق أحدهما في مطالبة الآخر .

والمقاصة مشروعة بالاتفاق بين المذاهب لحديث ابن عمر قال : « أتيت النبي ﷺ ، فقلت : إني أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير ، وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فقال : لابأس أن تأخذ بسعر يومها ، مالم تفترقا ، وبينكما شيء »[1] فقوله : لابأس فيه دليل على جواز الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره . وقال البابرتي في العناية[2] : إن هذا الحديث يدل على المقاصة استحساناً ، وهي المقاصة بين الدين والعين ؛ لأن قبض نفس الدين لا يتصور ؛ لأنه عبارة عن مال حكمي في الذمة ، والدين لا يتعين بالتعيين ، فكان قبضه بقبض بدله ، وهو قبض العين . أما القياس فيقتضي ألا تقع المقاصة بين الدين والعين ، لعدم المجانسة .

والعقل يقضي بجواز المقاصة ؛ لأنها الطريقة الوحيدة التي يمكن قضاء الديون بها ، ولا يمكن أن تقضى بسواها . وذكر الشافعية والحنابلة أن التقاص يحصل بنفس ثبوت الدينين ، ولا حاجة إلى الرضا ؛ لأن مطالبة أحدهما الآخر بمثل ما عليه عبث ولا فائدة فيه[3] .

المبحث الثاني ـ محل المقاصة :

الأصل في المقاصة أن تقع بين دينين ، بأن يكون للمدين دين آخر على دائنه ، فيتقاص الدينان ، فلا تقع المقاصة بين عين وعين ولا بين دين وعين .

ولكن صرح الحنفية بحصول المقاصة بين الدين والعين ، كما بينا ، فمن اشترى

---

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن الأربعة) عن ابن عمر (نيل الأوطار : ١٥٦/٥)

(٢) العناية بهامش فتح القدير : ٢٨٠/٥ وما بعدها .

(٣) تحفة المحتاج : ٣٩٦/٢ ، كشاف القناع : ٢٥٣/٣ ، ٢٥٧

ديناراً بعشرة دراهم هي دين له على بائع الدينار، وقبض الدينار، وقعت المقاصة بنفس العقد.

والحقيقة أن هذه المقاصة وقعت بين دينين من جنس واحد، لا بين دين وعين من جنسين؛ لأن مشتري الدينار لما قبضه، كان قبضه قبض ضمان بالثمن الذي اتفقا عليه وهو العشرة، فثبت بالقبض في ذمته مثلها للبائع، فالتقى الدينان قصاصاً، وإن كان الظاهر يوهم أن المقاصة وقعت بين دين وعين من جنسين مختلفين. فهذه الصورة وأمثالها من باب مقاصة الدينين. ويمكن القول بأن المقاصة الجبرية لا تكون إلا في دينين[1].

أما المقاصة الرضائية أو الاتفاقية بين صاحبي الحقين فإنها جائزة بين دين وعين.

المبحث الثالث ـ أنواع المقاصة:

المقاصة إما جائزة أو غير جائزة. والجائزة إما جبرية أو اختيارية (اتفاقية).

أولاً ـ المقاصة الجبرية وشروطها:

المقاصة الجبرية: هي التي تحدث بنفسها بين دينين متماثلين جنساً وصفة وقدراً وحلولاً وتأجيلاً، ولا تتوقف على تراضي الطرفين ولا على طلب أحدهما. مثل أن يقترض شخص من آخر نقوداً أو شيئاً يثبت ديناً في الذمة كالمثليات، ثم يبيع المقترض لدائنه متاعاً بثمن معجل من جنس الدين الذي عليه، فتقع المقاصة بين هذين الدينين، بمجرد ثبوت الدين الثاني، جبراً على الطرفين، ولا تتوقف على تراضيهما ولا على طلب من أحدهما.

---

(١) بحث المقاصة للأستاذ مدكور: ص/٩ ـ ١٣، العدد الأول من مجلة القانون، السنة ٢٧

وهي جائزة عند الحنفية والشافعية والحنـابلـة (الجمهور)[1] إذا تحققت الشروط وانتفت الموانع . ولم يجز المالكية[2] المقاصة الجبرية إلا بناء على طلب أو اتفـاق ، وأكثر التعريفات عندهم كان للمقاصة الاتفاقية .

شروط المقاصة الجبرية :

يشترط في المقاصة الجبرية أربعة شروط[3] :

أ ـ تلاقي الحقين أو الدينين : هو اجتماعهما في حيِّز واحـد أي اجتماعهما لشخص باعتبارين ، بأن يكون الشخص دائناً بالنسبة لأحدهما ومديناً بـالنسبـة للآخر ، فلا تتحقق المقاصة إلا إذا كان كل من المتقاصين دائناً ومديناً معاً .

مثالـه : لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقـاصـة لتلاقي الـدينين ، ولا تقع المقـاصـة في دين على ولي أو وصي نظير دين المـولى عليـه لعـدم تـلاقي الحقين ، وتقـع المقاصة بين دين لحاضنة الصغير ودين عليهـا ، ولا تقع المقـاصـة بين الـدائن ومـدين غريمه ، لعدم التلاقي بين هذين الدينين . ولا تجتمع المقاصة الجبريـة مع الحوالـة ؛ لأن الحوالة عند الجمهور تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه ، فإذا ثبت للمدين على دائنه مثل دينه وقعت المقـاصـة جبراً ، ولا يبقى عليـه دين يحيل بـه دائنـه على آخر ، وإذا ثبت للمدين هذا الدين بعد الحوالة ، لا تقع المقـاصـة لعـدم التلاقي ، فـإن دائنه لم يبق دائناً له ، وصار دائناً للمحال عليه .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ٢٥٠/٤ ، الأم للشافعي : ٣٨٨/٧ وما بعدها ، المادة ١٥٤ من مشروع تقنين الشريعة على مذهب أحمد ، غاية المنتهى : ١١٤/٢ ، كشاف القناع : ٢٩٦/٣ وما بعدها

(٢) الحطاب : ٥٤٩/٤

(٣) ابن عابدين : ٢٥٠/٤ ، كشاف القناع : ٢٩٦/٣ ، ٣٧٣ ، غايـة المنتهى : ١١٤/٢ ، القوانين الفقهيـة : ص ٢٩٢ ، الدسوقي : ٢٢٧/٣ وما بعدها ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٤١/١٨ ، الأنوار : ٥٢٨/٢ ، بحث المقاصة السابق .

٢ً - **تماثل الدينين**[1] : باتحادهما جنساً ونوعاً وصفة وحلولاً وأجلاً . فإذا كان الدينان من جنسين ، أو متفاوتين في الوصف ، أو مؤجلين ، أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، لم تقع المقاصة عند الحنفية ، وقال المالكية : تصح المقاصة عند اختلاف الجنسين ، كأن يكون أحد الدينين عيناً (ذهباً أو فضة) والآخر طعاماً أو عرضاً ، أو يكون أحدهما عرضاً والآخر طعاماً ، والعرض : ما ليس عيناً (نقداً) ولا طعاماً .

ومن المعلوم أن صنف كل من الدراهم والدنانير جنسان مختلفان عند الحنفية في ظاهر الرواية وعند الشافعية والحنابلة ، لكن في المقاصة تعتبر جنساً واحداً استحساناً في رأي بعض مشايخ الحنفية ، جاء في الفتاوى الظهيرية : إذا اختلف الجنس وتقاصا ، كما لو كان له عليه مئة درهم ، وللمديون مئة دينار عليه ، فإذا تقاصا تصير الدراهم قصاصاً بمئة من قيمة الدنانير ، ويبقى لصاحب الدنانير على صاحب الدراهم ما بقي منها .

وبما أن الأوراق النقدية حلت محل الفلوس الرائجة ، فالنقود في زماننا بناء على رأي بعض مشايخ الحنفية تعد جنساً واحداً في المقاصة ، عملاً بالعرف في التعامل ، والمراعى فيها القيمة لا ذات النقد بخصوصه .

أما عند الشافعية والحنابلة فتعتبر النقود الورقية أجناساً مستقلة بناء على أن صنف الدنانير والدراهم عندهم جنسان ، فلا تقع المقاصة بين دينين أحدهما دنانير والآخر دراهم لاختلاف الجنس .

أما تماثل الدينين في الصفات فهو شرط عند الحنفية والحنابلة . ويعنون بذلك الصفات التي يكون لاختلافها اختلاف في القيمة والانتفاع .

---

(١) الدين : وصف في الذمة ، وليس مالاً في الحقيقة عند الحنفية ، ولا يطلق عليه اسم المال إلا تجوزاً ؛ لأنه يصير مالاً بعد قبضه ، ولا يصير الشيء ديناً في الذمة إلا إذا أمكن ضبطه بالوصف ، بأن يكون من المثليات .

واشترط الحنفية أن يكون الدينان حالّين ، فإذا كانا مؤجلين أو كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، حتى وإن كان أجلهما واحداً ، لم تقع المقاصة الجبرية .

واشترط الشافعية والحنابلة اتفاق الدينين في الحلول وفي قدر الأجل ، فإذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً ، أو كانا مؤجلين واختلف أجلهما ، لم تقع المقاصة . أما لو كانا مؤجلين لأجل واحد ، فتقع المقاصة في رأي الحنابلة وفي الأصح عند الشافعية .

أما المالكية فقالوا : تجوز المقاصة إن حل الدينان معا ، ولم تجز إن لم يحلا أو حل أحدهما دون الآخر إن اختلف الجنس بأن كان أحدهما ذهباً والآخر فضة ، فإن كانا ذهبين أو فضتين ، جازت المقاصة إذا كان أجل الدينين قد حل ، فإن لم يحل أجلهما أو حل أجل الواحد منهما دون الآخر ففيه قولان ، والمشهور الجواز بناء على أن المقاصة متاركة تبرأ بها الذمم ، ونظراً إلى بُعْد التهمة . هذا إذا كان الدينان من النقد . فإن كان الدينان طعاماً : فإن كانا من قرض ، جازت المقاصة ، سواء حل الأجل أم لم يحل . وإن كانا من بيع ، لم تجز المقاصة ، سواء حل الأجل أم لم يحل ؛ لأنه من بيع الطعام قبل قبضه . وإن كان الدينان عرضين فتجوز المقاصة إذا اتفقا في الجنس والصفة سواء حل الأجل أم لم يحل .

واشترط الفقهاء أيضاً اتفاق الدينين في الجودة والرداءة ، فإن كان هناك تفاوت فيهما لم تقع المقاصة .

واشترط الحنفية تماثل الدينين في القوة والضعف ، فدين النفقة للزوجة لا يقع قصاصاً بدين للزوج عليها إلا بالتراضي ، بخلاف سائر الديون ؛ لأن دين النفقة أدنى .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوا التماثل في القوة .

واشترط الحنفية والشافعية والحنابلة أيضاً التماثل في الرواج والكساد والرخص والغلاء ، فلا تقع المقاصة بنفسها إذا كان أحد الدينين من الدراهم الصحيحة ، والآخر

من الدراهم الغلة : وهي التي يقبلها التجار، ويردها بيت المال ، لا لأنها زائفة ، بل لأنها مكونة من قطع ، وهي التي تسمى مكسرة أو مقطعة[1] .

اختلاف السببين : ليس من شرط المقاصة في الدينين أن يكون سببا الدينين من نوع واحد ، كأن يكون سبب أحدهما القرض والآخر ثمن مبيع أو أجرة ، فإن كان أحدهما من قرض والآخر ثمن مبيع ، وقعت المقاصة ، وإن اختلف السبب .

وليس من شرط المقاصة في الدينين أن يكون سبب كل منهما جائزاً غير محظور، فلو كان سبب أحدهما جائزاً كالبيع ، والآخر محظوراً كالغصب أو كان السببان محظورين كالاستهلاك ، وقعت المقاصة ، ولا أثر لعدم مشروعية السبب في منع المقاصة ، بعد توفر السبب : وهو ثبوت الدين في الذمة بحيث صار كغيره من الديون التي يجب الوفاء بها .

٣- انتفاء الضرر :

يشترط في المقاصة الجبرية ألا يترتب على وقوعها ضرر لأحد ، فإذا ترتب عليها ضرر لأحد الطرفين أو لغيرهما ، لم تقع المقاصة . قال الحنابلة[2] : من عليها دين من جنس واجب نفقتها ، لم يحتسب به عليها من نفقتها مع عسرتها ؛ لأن قضاء الدين إنما يكون بما فضل عن النفقة ونحوها ، أي أن المقاصة الجبرية بين دين نفقة المرأة ودين عليها لا تقع في حالة الإعسار؛ لأن النفقة مقدمة على وفاء الدين . وهذا ضرر للمدين .

وتجهيز الميت مقدم على الدين كالنفقة ، فمن باع شيئاً من التركة لدائن الميت من جنس دينه ، لم تقع المقاصة ، مراعاة لحق الميت ودفعاً للضرر ، وهذا ضرر للمدين .

---

(١) العناية بهامش فتح القدير : ٥/٣٨١

(٢) كشاف القناع : ٣/٢٩٧ .

والدين الموثق بالرهن مقدم على غيره من الديون العادية في استيفاء الـدين من الرهن ، فلو بـاع الراهن المرهـون لـدائن غير مرتهن ، ليـوفي دين المرتهن ، وكان الثمن مثل الدين الذي للمشتري عليه ، لم تقع المقاصة . وهذا ضرر لمن تعلق حقه بالعين .

وكما أن ضرر المدين نفسه ، وضرر من تعلق حقه بالعين يمنع من المقاصة ، كذلك يمنع منها تعلق حق باقي الغرماء ، فللقاضي عنـد الجمهور غير أبي حنيفـة أن يحجر على المـدين المفلس بطلب غرمـائـه ، ولـه أن يمنعـه من البيع بـأقـل من ثمن المثـل ، ومن التصرف والإقرار ، حتى لا يضر بالغرماء .

والخلاصة : إذا تعلق بأحد الدينين حق الغير لا تجوز المقاصـة . مثـال تعلق حق أحـد الـدينين : أن يبيع الرهن لإيفـاء دين الـدائن غير المرتهن ، ومثـال تعلـق حـق الغرماء : أن يبيع المفلس بعض غرمائه بثمن في الذمة من جنس دينه .

فلا مقاصة في الحـالتين ، لتعلق حق المرتهن بـالمـال في الأولى ، ولتعلق حق بـاقي الغرماء في المبيع في الثانية .

حق الدائن طالب البيع :

إن باع المـدين (المحجوز عليـه) شيئـاً لإيفـاء دين دائن ، وكان المشتري دائنـاً للمـدين البـائـع بـدين من نـوع الثمن ، وقعت المقـاصـة جبراً بين دين البـائـع ودين المشتري ؛ لأن هذا المدين غير محجور عليـه وتصرف المـدين غير المحجور عليـه نـافـذ ، ولا حرج على المدين في أن يوفي بعض دائنيه دون البعض الآخر ، ولا مانع يمنع المدين المحجوز عليه من بيع المال المحجوز ، ولا من وقوع المقاصة بثمنه مع المشتري إذا كان غير الدائن طالب البيع الذي حجز له بدينه .

٤ ـ ألا يترتب على المقاصة محظور ديني :

يشترط في المقاصة الجبرية أخيراً ألا يترتب عليهـا محظور ديني ، كالافتراق قبل

قبض رأس مال السلم ، والتصرف في المسلم فيه قبل قبضه ، وعدم التقابض في مجلس الصرف وفي الربويات التي يجب أن تكون يداً بيد ، والتصرف على قاعدة « ضع وتعجل » ونحو ذلك من المحظورات الشرعية .

ثانياً ـ المقاصة الاتفاقية :

هي التي تتم بتراضي الطرفين مالم يترتب على ذلك محظور شرعي ، سواء اتحد جنس الدينين أم لم يتحد ، اتفقت الأوصاف أم اختلفت ، وسواء أكان أحد الحقين ديناً والآخر عيناً .

ثالثاً ـ المقاصة غير الجائزة :

لا تجوز المقاصة إذا تخلف شرط من شروطها ، ومنها أن يترتب على وقوعها مخالفة حكم شرعي ، ويظهر هذا في بعض مسائل الصرف ، وفي رأس مال السلم ، وفي المسلم فيه ، وفيما إذا وجدت شبهة الربا ، ولو تراضيا .

١ً ـ الصرف[1] :

إذا وقعت المقاصة بين ديني المتصارفين بعد انتهاء مجلس عقد الصرف ، كانت المقاصة باطلة ؛ لأن عقد الصرف يقع باطلاً ولا يثبت به دين ، فتبطل المقاصة لعدم قيام الدين في ذمة أحد المتقاصين .

وفيما عدا ذلك تكون المقاصة صحيحة ، سواء أكانت بدين سابق ، أم بدين لاحق ، أم بدين ثبت للمدين على دائنه في المجلس من طريق قبض مضمون .

أ ـ إذا تصارف شخصان بدين سابق أضافا العقد إليه ، جاز ، كما إذا كان لرجل على آخر عشرة دراهم ، فباعه هذا المدين ديناراً بالدراهم العشرة التي هي عليه دين ؛

---

(١) المبسوط : ١٩/١٤ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية : ٣٧٩/٥ وما بعدها ، البدائع : ٢٠٦/٥ ، ٢١٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٤٩/٤ وما بعدها .

لأنه بإضافة العقد إلى هذا الدين، تقع المقاصة بنفس العقد بلا توقف على إرادة العاقدين لها، ووجه الجواز: أنه جعل ثمن الدينار دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض، وهو جائز إجماعاً؛ لأن التعيين بالقبض للاحتراز عن ربا النسيئة، ولا ربا في دين سقط، إنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته (أي احتمال القبض وعدمه)، ولذا لو تصارفا دراهم ديناً بدنانير ديناً، صح لفوات الخطر.

ب ـ إذا باع المدين بالعشرة التي لدائنه ديناراً بعشرة مطلقة عن التقييد بدين عليه، ودفع له الدينار، وتقاصا العشرة الثمن بالعشرة الدين، جاز استحساناً[1]؛ لأنه بالتقابض انفسخ العقد الأول، وانعقد صرف آخر مضاف إلى الدين؛ لأنهما لما غيرا موجب العقد، فقد فسخاه إلى آخر اقتضاء، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول، أي أن المقاصة تتضمن فسخ العقد الأول، ويكون الفسخ ثابتاً اقتضاء. وهاتان الحالتان مقاصة في دين سابق.

جـ ـ إذا كان الدين لاحقاً للصرف، كما لو باع ديناراً لآخر بعشرة دراهم، وباع مشتري الدينار لبائعه ثوباً بعشرة دراهم في مجلس الصرف، وسلم الثوب، ثم تقاصا العشرة بالعشرة في المجلس، جازت المقاصة في أصح الروايتين؛ لأن العقد الأول ينفسخ اقتضاء، لما قصدا إلى المقاصة.

د ـ إذا حصل الصرف ببيع عين بدين مطلق، ثم ثبت للمدين على دائنه دين في المجلس من طريق قبض مضمون، ووقعت المقاصة جبراً من غير حاجة إلى تراض، كما لو استقرض الدائن من المدين مثل الثمن أو غصبه منه؛ لأن القبض قد تحقق.

ويلاحظ أنه في جميع هذه الحالات ماعدا الصورة الأولى لابد من وقوع المقاصة قبل انتهاء مجلس عقد الصرف، فإذا انتهى المجلس بطلت المقاصة لبطلان الصرف كما بينا.

---

(١) والقياس الذي أخذ به زفر: ألا يجوز، لكونه استبدالاً ببدل الصرف قبل قبضه.

٢ - المقاصة برأس مال السلم :

اتفق الحنفية - على ما عليه عامة الكتب عدا البدائع - والشافعية والحنابلة[١] على أنه لا تجوز المقاصة برأس مال السلم مع دين آخر مطلقاً، سواء وجب الدين بعقد متقدم أو متأخر عن عقد السلم، ولو تراضيا عليها؛ لأن المقاصة تصرف في دين السلم قبل قبضه، وهو غير صحيح، إذ يشترط قبض جميع رأس مال السلم في مجلس العقد.

٣ - المقاصة بالمسلم فيه :

لا تجوز المقاصة أيضاً بالمسلم فيه كما أبان محمد في كتابه « الأصل »[٢] فمن أسلم إلى رجل في مد حنطة، ثم أسلم الآخر إليه في مد حنطة، وأجلهما واحد، وصفتهما واحدة أو مختلفة، فلا تصح المقاصة بينهما؛ لأنه بيع ما لم يقبض، فكل منهما لم يقبض شيئاً من مد الحنطة، وإنما أخذ به ديناً عليه، ولا يجوز أن يأخذ إلا رأس ماله أو سلمه الذي أسلم فيه.

فإن كان أولهما سلماً والآخر قرضاً، لا يصير أحدهما قصاصاً في الحال؛ لأن المقاصة عبارة عن المساواة، ولا مساواة بينهما؛ لأن أحدهما معجل، والآخر مؤجل، والمعجل خير من المؤجل، فإن حل أجل السلم، كان أحدهما قصاصاً بالآخر.

وإن كان الأول منهما قرضاً والآخر سلماً، فلا مقاصة بينهما، وإن تراضيا على المقاصة.

٤ - رأس مال السلم بعد الإقالة :

حكم رأس مال السلم إذا حصلت فيه إقالة كحكم المسلم فيه، وبما أنه لا تجوز المقاصة في المسلم فيه؛ لأنه مبيع منقول لا يجوز التصرف فيه قبل القبض، لا تجوز

---

(١) تبيين الحقائق : ١٤٠/٤، الأنوار : ٢٦٥/١، كشاف القناع : ٢٩٦/٣ وما بعدها.

(٢) المبسوط : ١٦٨/١٢.

المقاصة في رأس مال السلم بعد الإقالة ، فإن تقايلا السلم ، لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله[1] ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك »[2] أي عند الفسخ ، ولأنه أخذ شبهاً بالمبيع ، فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه .

٥ً- شبهة الربا :

اتفق الأئمة على تحريم ما فيه شبهة الربا ، فكل قرض جر نفعاً فهو ربا حرام ، وعملاً بمبدأ سد الذرائع المتفق عليه بين الأئمة ، وإن اختلفوا في مداه وتطبيقاته . فإذا أدت المقاصة إلى شيء من الربا ، كانت غير جائزة .

ومن أمثلتها في بيوع الآجال كما ذكر المالكية[3] : باع له عشرة أرادب من الطعام بعشرة دراهم أي إلى أجل ، وبعد أن غاب على الطعام وانتفع به ، باع لبائعه عشرين أردباً من نوع ما اشتراه بعشرة دراهم ، وتقاصا العشرة بالعشرة ، لم يجز ؛ لأنه أسلفه عشرة أرادب انتفع بها ، ثم رد إليه عشرين أردباً ، والثمن بالثمن ملغى ؛ لأنه مقاصة ، فهو قرض جر نفعاً .

المبحث الرابع - أحكام المقاصة :

يراد بالحكم هنا الأثر المترتب على الشيء أو مقتضاه .

مقتضى المقاصة[4] : هو الإسقاط ، لكنه ليس إسقاطاً محضاً ، وإنما هو إسقاط فيه معنى الوفاء ، أي إسقاط بعوض ، والعوض هو إسقاط فيه معنى الوفاء ، أي

---

(١) الهداية مع فتح القدير : ٣٤٥/٥ .

(٢) هذا أثر رواه عبد الرزاق عن ابن عمر ، وابن أبي شيبة عن عبد الله بن عمرو ، وروى أبو داود وابن ماجه عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً إلى الرسول ﷺ : « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » (نصب الراية : ٥١/٤) .

(٣) شرح الرسالة : ١٤٠/٢ .

(٤) بحث المقاصة السابق .

إسقاط بعوض ، والعوض هو إسقاط الآخر حقه ، كما هو الحال في الطلاق على الإبراء ، فكل من الطلاق والإبراء إسقاط ، وكل منهما في مقابلة الآخر ، فتكون المقاصة إسقاطاً فيها معنى المعاوضة ، قال المالكية : إن المقصود من المقاصة : المعاوضة والإبراء . وقال الحنفية : إن في المقاصة وفاء ، بل الوفاء في نظرهم لا يكون إلا من طريق المقاصة .

وهو إسقاط يقع جبراً ، حتى في المقاصة التي لا تكون إلا عن تراض في رأي الحنفية .

ولكن ما الذي يسقط بالمقاصة ؟ أهو نفس الدين أو المطالبة به ؟

قال الجمهور غير الحنفية : إن المقاصة تسقط الدينين إن كانا متساويين ، وتسقط مقدار الأقل منهما إن كانا متفاضلين ، فيسقط من الأكثر بقدر الأقل إن تفاوتا قدراً ، وتبرأ الذمم بها براءة إسقاط ، لا براءة مطالبة فحسب .

ويرى الحنفية أن المقاصة لا تسقط أصل الدين ، وإنما تسقط المطالبة به فقط ، أما الدين فيبقى شاغلاً للذمة ، وإن لم تصح المطالبة به ، فهو أشبه بالحق الذي لا تسمع الدعوى به للتقادم ، ويترتب عليه أنه يصح الإبراء من الدين بعد المقاصة براءة إسقاط ، وتصح هبته ، ويصح الحط منه ، ويرجع من تبرع بقضاء دين عن إنسان على من أداه له إذا أبرأه غريمه منه ، بعد هذا ، براءة إسقاط . وهذا في الواقع رأي غريب تأباه العدالة ، فمن أدى دينه إلى غريمه أو قاصه فيه ، لا يفهم منه إلا أنه قام بما يلغي تبعته ، ويطهر ذمته ، لا أنه يسعى إلى دفع المطالبة فقط .

وإذا كانت العين خيراً من الدين وتفضله ؛ لأن الدين على خطر التوى والضياع ، فهذا يظهر في دين يبقى دائماً ، لا في دين ثابت يوفيه صاحبه بالعين ، فينقضي بحصول هذا الوفاء . وإذا قلنا بأن الوفاء يثبت به دين في ذمة المستوفي ،

ووجد إذ ذاك دينان متماثلان متلاقيان ، فلم لا يسقط أصل الدين ، وتسقط المطالبة به وحدها[1] ؟

نقض المقاصة : إذا تمت المقاصة على وجه صحيح ، لا يمكن نقضها لا بالفسخ ولا بغيره ، إذ أن الساقط لا يعود ، فمتى سقط الدين وتلاشى لا يمكن النقض .

لكن قد يطرأ بعد وقوع المقاصة الصحيحة ما يجعل أحد الدائنين لاحق له في استيفاء كل الدين الذي وقعت فيه المقاصة ، فتنتقض بالقدر الذي لاحق له في استيفائه ، كما أنه يطرأ بعد وقوعها ما يقتضي زوال أحد الدينين ، فتنتقض من أجل ذلك .

مثال الحالة الأولى : إذا كان على رجل ألف دينار قرضاً ، ثم باع المقترض لمقرضه في حال الصحة عيناً كسجادة مثلاً بألف دينار مؤجلة ، ثم مرض المقترض ، وحل الأجل ، وعليه ديون ، وقعت المقاصة .

فإن مات وعليه ديون ، كان الغرماء أسوة المشتري فيما عليه من الثمن . ومعنى هذا أن المقاصة وقعت في حياته بكل الثمن ، إذ لا يمكن للغرماء الاعتراض عليه في حياته ، لعدم تبين أنه في حالة مرض موت ، فإذا مات في مرضه هذا ، تبين أن حق الغرماء متعلق بماله من وقت ثبوت سببه وهو مرض الموت ، فلا يكون للمشتري أن يستوفي من دينه إلا بقدر ما يصيبه مع الغرماء ، وتبطل المقاصة التي وقعت صحيحة في حياة المريض ، بالقدر الذي زاد على حصة المشتري .

ومثال الحالة الثانية : إذا كان على الوكيل دين للمشتري ، يصير الثمن قصاصاً . فإذا لم يسلم الوكيل ما باع حتى هلك المبيع في يده ، بطلت المقاصة ؛ لأن المبيع لما هلك قبل التسليم ، انفسخ البيع من الأصل ، وصار كأن لم يكن .

---

(١) بحث المقاصة للأستاذ سلام مدكور في مجلة القانون ـ العدد الرابع للسنة ٢٩ : ص ٣٤ .

الفصل السّابع عشر

الإكْرَاه

خطة الموضوع :

الكلام عن الإكراه[1] في المباحث الأربعة التالية :

المبحث الأول ـ حقيقة الإكراه ونوعاه .

المبحث الثاني ـ شروط الإكراه .

المبحث الثالث ـ أثر الإكراه في التصرفات الحسية .

المبحث الرابع ـ أثر الإكراه في التصرفات الشرعية .

ونبدأ بها على الترتيب المذكور .

المبحث الأول ـ حقيقة الإكراه ونوعاه :

حقيقة الإكراه : الإكراه لغة : حمل الغير على أمر لا يرضاه قهراً . وهذا ينافي المحبة والرضا ، ولذا اقترن الحب والإكراه في قوله تعالى : ﴿ وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم ، وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم ﴾ .

وهو في اصطلاح الفقهاء : حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ، ولا يختار

(١) هناك تشابه بين الإكراه والحجر، لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن ممارسة تصرفاته (تكملة الفتح : ٣٠٩/٧) .

مباشرته ، لو ترك ونفسه . وقد عرفه السرخسي في المبسوط،بأنه : « فعل يفعله الإنسان بغيره ، فينتفي به رضاه ، أو يزول به اختياره » .

والمقصود بالرضا : هو الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة به .

والمقصود بالاختيار : هو ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس .

نوعا الإكراه : الإكراه نوعان : إكراه ملجئ أو كامل ، وإكراه غير ملجئ أو قاصر .

والإكراه الملجئ : هو الذي لا يبقي للشخص معه قدرة ولا اختيار ، وهو بأن يهدده بما يلحق به ضرراً في نفسه ، أو في عضو من أعضائه . وحكمه : أنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، مثاله التهديد بالقتل أو التخويف بقطع عضو أو بضرب مبرِّح (أي شديد) متوال يخاف منه إتلاف النفس أو العضو ، سواء قل الضرب أم كثر .

والإكراه غير الملجئ أو الناقص : هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو ، كالتخويف بالحبس أو القيد ، أو الضرب اليسير الذي لا يخاف منه التلف ، أو بإتلاف بعض المال . وحكمه : أنه يعدم الرضا ، ولا يفسد الاختيار[1] .

وهناك نوع ثالث عند الحنفية وهو الإكراه الأدبي : وهو الذي يعدم تمام الرضا ، ولا يعدم الاختيار ، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع ، أو الأخ أو الأخت ، أو نحوهم . وحكمه أنه إكراه شرعي استحساناً لا قياساً ، كما قرر الكمال بن الهمام من الحنفية ، ويترتب عليه عدم نفاذ التصرفات المكره عليها[2] .

ويرى الشافعي أن الإكراه نوع واحد وهو الإكراه الملجئ ، وأما غير الملجئ فلا

---

(١) البدائع : ١٧٥/٧ ، تكملة فتح القدير : ٢٩٢/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ١٨١/٥ ، درر الحكام : ٢٦٩/٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ٨٨/٥ وما بعدها ، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي للمؤلف : ص١٨٥ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٥٤٦/٢ وما بعدها ، ط دار المعارف .

(٢) بحث الإكراه بين الشريعة والقانون للشيخ زكريا البرديسي : ص٣٧٢ .

يسمى إكراهاً . قال الشافعية : يحصل الإكراه بتخويف بمحذور كضرب شديد وحبس طويل وإتلاف مال . ويختلف أثره باختلاف أحوال الناس ، فلا يحصل الإكراه بالتخويف بالعقوبة الآجلة كقوله : لأضربنك غداً ، ولا بالتخويف بالمستحق كقوله لمن عليه قصاص : افعل كذا وإلا اقتصصت منك . وشرط الإكراه : قدرة المُكْرِه على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب عاجلاً ظلماً ، وعجز المستكره عن دفعه بهرب أو غيره وظن أنه إن امتنع من فعل ما أكره عليه حقق المهدد به . ولا ينفذ تصرف المستكره بغير حق ، لكن يقتص منه بمباشرته جناية القتل ونحوه[1] .

المبحث الثاني ـ شروط الإكراه :

يشترط لتحقق الإكراه شروط ، وهي ما يأتي :

الأول ـ أن يكون المكرِه قادراً على تنفيذ ما هدد به ، وإلا كان هذياناً ، وبناء عليه كان أبو حنيفة يقول : لا إكراه إلا من السلطان ؛ لأن غير السلطان لا يتمكن من تحقيق ما هدد به .

وقال الصاحبان والأئمة الثلاثة : يتحقق الإكراه من السلطان وغيره ؛ لأن إلحاق الضرر بالغير يمكن أن يتحقق من كل متسلط .

وهذا الاختلاف بين الإمام وصاحبيه اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان ، فقد أفتى الإمام بحسب زمانه ، ثم تغير الحال في زمان الصاحبين ، فتغيرت الفتوى على حسب الحال . قال البغدادي : الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطاناً كان أو غيره[2] .

الثاني ـ أن يغلب على ظن المستكره أن المكره سينفذ تهديده لو لم يحقق ما أكره

---

(١) تحفة الطلاب للأنصاري : ص٢٧٢ .

(٢) مجمع الضمانات : ص٢٠٤ .

عليه ، وأنه عاجز عن التخلص من التهديد بالهرب أو الاستغاثة أو المقاومة .

الثالث - أن يكون الأمر المكَره به متضمناً إتلاف نفس أو عضو أو مال أو متضمناً أذى بعض الناس الذين يهمه أمرهم ، كالتهديد بحبس الزوجة ، أو الوالدين ، أو يلحق به غماً يعدم الرضا بحسب حاله ، فمن الناس من يغتم بكلام خشن ، ومنهم من لا يغتم إلا بالضرب المبرح .

الرابع - أن يكون المستكره ممتنعاً عن الفعل الذي أكره عليه قبل الإكراه : إما لحقه كبيع ماله ، أو لحق شخص آخر كإتلاف مال الغير ، أو لحق الشرع كشرب الخمر والزنا .

الخامس - أن يكون المهدد به أشد خطراً على المستكره مما أكره عليه ، فلو هدد إنسان بصفع وجهه إن لم يتلف ماله أو مال الغير ، وكان صفع الوجه بالنسبة إليه أقل خطراً من إتلاف المال ، فلا يعد هذا إكراهاً .

السادس - أن يترتب على فعل المكره به الخلاص من المهدد به : فلو قال إنسان لآخر : « اقتل نفسك ، وإلا قتلتك » لا يعد هذا إكراهاً عند الجمهور ، والراجح عند الحنابلة ؛ لأنه لا يترتب على قتل النفس الخلاص مما هدد به ، فلا يصح حينئذ للمستكره أن يقدم على ما أكره عليه .

السابع - أن يكون المهدد به عاجلاً : فلو كان آجلاً لم يتحقق الإكراه ؛ لأن التأجيل مظنه التخلص مما هدد به بالاستغاثة والاحتماء بالسلطات العامة . وهذا شرط عند الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة . وقال المالكية : لا يشترط أن يكون المهدد به عاجلاً ، وإنما الشرط أن يكون الخوف حالاً . وهذا هو الأرجح في تقديري .

الثامن - ألا يخالف المستكره المكره بفعل غير ما أكره عليه أو بالزيادة عليه ، أو بالنقصان عنه ، فإن خالفه في هذه الأحوال الثلاثة ، كان طائعاً فيما أتى به ، فلا يكون مستكرهاً . وهذا رأي الشافعية والمالكية .

فلو أكره إنسان شخصاً على طلاق امرأته ، فباع داره ، أو أكرهه على طلقة واحدة رجعية ، فطلقها ثلاثاً ، أو أكرهه على طلاق امرأته ثلاثاً ، فطلقها واحدة ، فهذه الصور الثلاث نافذة عندهم لأنها ليست من الإكراه في شيء .

وقال الحنفية والحنابلة : المخالفة بالنقصان ، بأن أتى الشخص أنقص مما أكره عليه ، تجعل الشخص مكرهاً غير مختار ، أما في حالة الزيادة أو فعل غير المكره عليه فلا تجعله مكرهاً ، وإنما يكون مختاراً ، كما قال الشافعية والمالكية .

التاسع - اشترط الشافعية أن يكون المكره عليه معيناً بأن يكون شيئاً واحداً ، فلو أكره إنسان على طلاق زوجته « فلانة » عد هذا إكراهاً ، أما لو أكره على طلاق إحدى امرأتيه ، أو على قتل زيد أو عمرو ، فلا يعد هذا إكراهاً .

ولم يشترط الحنفية والمالكية والحنابلة هذا الشرط ، فلو أكره رجل على أن يطلق إحدى امرأتيه ، فطلق واحدة منهما ، كان مكرَهاً ، وهو الرأي الأرجح لدي .

العاشر - ألا يكون المهدد به حقاً للمكره يتوصل به إلى ما ليس حقاً له ولا واجباً : فإذا كان المكره به حقاً للمكره يتوصل به إلى ما ليس حقاً له ولا واجباً كتهديد الزوج زوجته بطلاقها إن لم تبرئه من دينها ، فلا يكون إكراهاً ، وقال بعضهم : يعتبر إكراهاً لأن الزوج سلطان زوجته ، فيتحقق منه الإكراه .

وهذا الشرط عند المتأخرين من الشافعية ، ويوافقهم الحنفية فيه . أما الإمام أحمد فلم يشترط هذا الشرط ، فالإكراه يتحقق عنده ، ولو كان المهدد به حقاً للمكره[1] . وهذا هو المعقول .

---

(١) راجع البدائع : ١٧٦/٧ ، تكملة فتح القدير : ٢٩٣/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١٠٧/٤ ، تبيين الحقائق : ١٨٢/٥ ، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين عليه : ٨٩/٥ وما بعدها ، بحث الإكراه بين الشريعة والقانون للأستاذ زكريا البرديسي : ص٧ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٨٩/٣ وما بعدها ، المغني : ١٢٠/٧ ، القوانين الفقهية : ص٢٢٧ وما بعدها .

والخلاصة : اتفق الشافعية والحنابلة على شروط ثلاثة للإكراه هي أولاً ـ قدرة المكره على تحقيق ما هدد به بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه . وثانياً ـ عجز المستكره عن دفع الإكراه بهرب أو غيره ، وأن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ماطلبه . وثالثاً ـ أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل والضرب الشديد ، والقيد والحبس الطويلين ، وإتلاف مال ونحوه . أما الشتم أو السب فليس بإكراه .

واشترط الشافعية أيضاً أن يكون الإكراه بغير حق .

المبحث الثالث ـ أثر الإكراه في التصرفات الحسية (أي الفعلية أو الوقائع المادية) :

الذي يقع عليه الإكراه من الفعل أو الترك : إما أن يكون من الأمور الحسية أو من الأمور الشرعية ، والمكره به في كل منهما : إما معين أو مخير فيه .

أما التصرفات الحسية المعينة فيتعلق بها حكمان : أحدهما بالنسبة للآخرة ، والثاني بالنسبة للدنيا .

أما أحكام الآخرة في التصرفات الحسية المكره عليها ، فتختلف بحسب نوع التصرف ، وأنواع التصرف الحسي ثلاثة : مباح ، ومرخص فيه ، وحرام .

١ ـ التصرف الحسي المباح بالإكراه : هو أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر ، وحكمه أنه يختلف بحسب نوع الإكراه : فإن كان الإكراه ملجئاً أو تاماً كالتخويف بالقتل أو قطع العضو ونحوه ، فتباح هذه الأفعال ؛ لأن الله تعالى أباحها عند الضرورة ، فقال سبحانه ﴿ إلا ما اضطررتم إليه ﴾ فلو امتنع المستكره عن تناولها حتى قتل يؤاخذ به ؛ لأن امتناعه إلقاء بالنفس إلى التهلكة ، والله تعالى يقول : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ .

وإن كان الإكراه ناقصاً كالتهديد بالحبس والضرب اليسير، فلا يباح الإقدام

عليها ، ولا يرخص فيها أيضاً ، حتى إنه يأثم بالإقدام عليها ؛ لأنه يجب عليه تقديم حق الله تعالى على حق نفسه[1] .

والخلاصة : أن هذه التصرفات لا تباح إلا بالإكراه الملجئ .

٢ ـ التصرف الحسي المرخص بالإكراه : هو كإجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان ، أو سب النبي محمد ﷺ ، أو الصلاة إلى الصليب ، أو إتلاف مال المسلم ، فهذه الأمور لا تباح ، ولكن يرخص فعلها عند الإكراه التام ، وإن امتنع المستكره عن فعلها حتى قتل ، كان مثاباً ثواب الجهاد ؛ لأن تحريمها لم يسقط عن فاعلها . وأما إن كان الإكراه ناقصاً ، فلا يرخص فيها أصلاً ، ويحكم بكفر فاعلها ، وإن كان قلبه مطمئناً بالإيمان ، وهذا مذهب الحنفية والمالكية . وعليه ، لا يرخص بهذا التصرف إلا في حالة الإكراه الملجئ .

ورخص الشافعية والحنابلة والظاهرية التلفظ بالكفر عند الإكراه الناقص ؛ لأن الكثير من حوادث الإكراه على الكفر في بدء الإسلام كانت إكراهاً ناقصاً ، فهذا هو الراجح إذاً من الرأيين .

والترخيص بإجراء كلمة الكفر عند الإكراه التام ثابت بقوله تعالى : ﴿ من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم ﴾ . وهذا هو مذهب الجمهور والظاهرية .

أما **المالكية** : فلا يبيحون إجراء كلمة الكفر على اللسان إلا في الإكراه على القتل فقط ، أما الإكراه بقطع عضو ، فلا يعتبرونه مبيحاً لإجراء كلمة الكفر على اللسان .

---

(١) البدائع : ١٧٦/٧ ، تبيين الحقائق : ١٨٥/٥ ، الدر المختار : ٩٢/٥ ، تكملة فتح القدير : ١٩٨/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١١٠/٤ .

ويلاحظ أن الامتناع عن الكفر أفضل بدليل ما روي أن مسيلمة الكذاب أخذ اثنين من أصحاب رسول الله ﷺ ، فقال لأحدهما : ما تقول في محمد ؟ قال : رسول الله ، قال : فما تقول في ؟ قال : وأنت أيضاً ، فخلى سبيله . وقال للآخر : ما تقول في محمد ؟ قال : رسول الله ، قال : فما تقول في ؟ قال : أنا أصم ، لا أسمع ، فأعاد عليه ثلاث مرات ، فأعاد جوابه ، فقتله ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ ، فقال : « أما الأول فقد أخذ برخصة الله تعالى ، وأما الثاني فقد صدع بالحق ، فهنيئاً له »[1] .

وأما الترخيص بسبّ النبي ﷺ عند الإكراه ، فهو جائز لما روي أن عمار بن ياسر رضي الله عنهما ، لما أكرهه الكفار على سبّ محمد ﷺ رجع إلى رسول الله ، فقال له : ما وراءك يا عمار ؟ قال : شر يا رسول الله ، ما تركوني حتى نلت منك ، فقال له الرسول ﷺ : « إن عادوا فعد »[2] .

ولو امتنع المستكره عن سب النبي حتى مات كان مأجوراً بدليل ما روي من قصة خبيب ، فقد أخذه المشركون وباعوه من أهل مكة ، فأخذوا يعاقبونه على أن يذكر آلهتهم بخير ، ويسب محمداً ، فلم يسب إلا آلهتهم ، ولم يذكر محمداً إلا بخير ، ولما يئسوا من كفره ، أجمعوا على قتله ، فسألهم أن يصلي ركعتين ، فأوجز في صلاته حتى لا يظنوا أنه يخشى الموت ، ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليموت وهو ساجد ، فأبوا عليه ذلك ، فرفع يديه إلى السماء ، ثم قال : اللهم إني لا أرى إلا وجه عدو ، فاقرأ رسول الله مني السلام ، ثم قال : اللهم أحص هؤلاء عدداً ، واجعلهم بدَدَا ، ولا تبق منهم أحداً ، ثم أنشأ يقول :

ولست أُبالي حين أقتل مسلماً   على أي جنب كان في الله مصرعي

---

(١) تفسير القرطبي : ١٨٩/١٠ ، التلخيص الحبير : ص ٣٧١ .

(٢) رواه الحاكم والبيهقي وأبو نعيم وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه (راجع نصب الراية : ١٥٨/٤) .

فلما قتلوه وصلبوه ، تحول وجهه نحو القبلة ، فقال فيه الرسول ﷺ : « هو سيد الشهداء ، وهو رفيقي في الجنة »[1] .

فهذا دليل على أن الامتناع عن شتم النبي أفضل[2] .

وأما إتلاف مال المسلم : فيرخص فيه عند الإكراه التام ؛ لأن مال الغير يستباح للضرورة ، كما في حال المخمصة ، والضرورة متحققة هنا ؛ لأن الإكراه نوع منها . غير أن أثر الرخصة يظهر في سقوط المؤاخذة الأخروية ، لا في سقوط أصل الحرمة ؛ إذ الحرمة قائمة بقوله ﷺ : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه »[3] والمراد بالإكراه التام في إتلاف المال : هو الإحراق أو ما في معناه عند الشافعية والحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم .

ويرى المالكية والظاهرية أنه لا يرخص في الإحراق لتعلق حق العبد به[4] ؛ لأن الشارع حرم إضرار الغير ، قال ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »[5] .

---

(١) روى قصة القتل أحمد والبخاري وأبو داود والنسائي عن أبي هريرة (راجع نصب الراية ، المرجع السابق : ص ١٥٩ ، نيل الأوطار : ٢٥٣/٧ وما بعدها) ، وقول الرسول « هو سيد الشهداء . . الخ » حديث غريب كما قال الزيلعي ، لأن المعروف أن حمزة سيد الشهداء كما روى الحاكم .

(٢) المراجع السابقة : البدائع : ص ١٧٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ص ٢٩٩ تبيين الحقائق : ص ١٨٦ ، الدر المختار : ص ٩٣ ، الكتاب مع اللباب : ١١٠/٤ الموافقات : ٣٢٥/١ ، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف : ص ١٠٩ وما بعدها ، الشفاء للقاضي عياض : ٢٢٢/٢ ، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي : ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) رواه مسلم عن أبي هريرة (الأربعين النووية : ص ٧٦ وما بعدها) .

(٤) تكملة فتح القدير : ٣٠٢/٧ ، الدر المختار : ٩٣/٥ ، بحث الإكراه : ص ٥٣ وما بعدها ، والمراجع السابقة .

(٥) رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري ، ورواه مالك في الموطأ مرسلاً ، وله طرق يقوي بعضاً عن جماعة آخرين من الصحابة (مجمع الزوائد : ١١٠/٤ ، سبل السلام ٨٤/٣ ، الإلمام : ص ٣٦٣ ، المقاصد الحسنة : ص ٤٦٨) .

٣ ـ التصرف الحسي الحرام الذي لا يباح ولا يرخص بالإكراه :

هو قتل المسلم بغير حق أو قطع عضو من أعضائه ولو أنملة ؛ لأن القتل حرام محض ، قال تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ﴾ ، ولأن الاعتداء حرام أيضاً ، قال تعالى : ﴿ والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ ، والتحريم سواء أكان الإكراه ناقصاً أم كاملاً .

ومثله أيضاً : ضرب الوالدين قل أو كثر ، فإنه لا يباح بالإكراه ؛ لأنه حرام ، قال تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ والنهي عن التأفيف نهي عن الضرب من باب أولى ، فلو فعل شيئاً مما ذكر أثم .

وكذلك أيضاً : الزنا ، فإنه لا يباح ولا يرخص للرجل بالإكراه مطلقاً ، ولو فعل أثم ؛ لأن حرمة الزنا ثابتة عقلاً ، قال تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً ﴾ . وكذا المرأة لا يرخص لها أيضاً عند الإكراه ولو كان تاماً ، كما رجح الكاساني صاحب البدائع[١] .

والخلاصة : أن الكفر والقتل والزنا لا يباح بحال ، وإن رخص بالنطق بالكفر .

وأما الأحكام الدنيوية في هذه الأنواع الثلاثة فهي ما يأتي[٢] :

١ ـ النوع الأول ، ونتكلم فيه عن :

أ ـ الإكراه على شرب الخمر : إذا كان الإكراه تاماً فلا يجب الحد على المستكره على شرب الخمر اتفاقاً ؛ لأن الحد شرع زاجراً عن الجناية في المستقبل ، والشرب المكره عليه ليس جناية ، بل هو مباح .

---

(١) راجع البدائع : ١٧٧/٧ ، تكملة فتح القدير : ٣٠٢/٧ ، ٣٠٦ تبيين الحقائق : ١٨٦/٥وما بعدها ، ١٨٩ ، الدر المختار : ٩٣/٥ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١١٢/٤ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة المذكورة عند تفصيل كل نوع من أنواع التصرفات الحسية .

ولا تنفذ تصرفات السكران المكره على الشرب عند جمهور الفقهاء ؛ لأن نفاذ تصرفات السكران حالة الاختيار عند القائلين به[1] كان تغليظاً عليه وزجراً له ، ولا معنى للتغليظ في حالة الإكراه ؛ لأنه ليس قائم العقل ، فهو كالمجنون .

وأما إذا كان الإكراه ناقصاً فيجب الحد عند الحنفية ؛ لأن شرب الخمر حينئذ يعتبر حراماً ، فيطبق عليه حكم الشُّرب .

وقال جمهور الفقهاء : لا يجب الحد على المستكره على شرب الخمر إكراهاً ناقصاً ، لقوله ﷺ : « إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[2] .

ب ـ الإكراه على السرقة : إذا كان الإكراه تاماً فلا إثم على السارق المستكره ، ولا حد عليه للحديث السابق : « رفع عن أمتي . . . » ولأن الحدود تدرأ بالشبهات . وإن كان الإكراه ناقصاً ، فلا يرتفع الإثم ولا الحد عند بعض الفقهاء (الحنفية) ، إذ لا ضرورة لفعل السرقة ، ويرى جمهور الفقهاء أنه لا إثم ولا حد ، عملاً بمقتضى إطلاق الحديث السابق : « رفع عن أمتي » فهذا الحديث ناطق بالعفو عن موجب الإكراه مطلقاً : تاماً أو ناقصاً .

---

(١) الراجح من مذهب الشافعية ورواية أحمد : هو نفاذ تصرفات السكران باختياره مطلقاً . والحنفية يرون نفاذ تصرفات السكران مختاراً ما عدا الردة ، والإقرار بما يحتمل الرجوع كحد الزنا ، والمالكية يرون نفاذ التصرفات ما عدا الإقرارات والعقود في المشهور من المذهب . والظاهرية ورواية عن أحمد يرون عدم نفاذ التصرفات مطلقاً .

(٢) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان وأبي الدرداء ، وأخرجه ابن ماجه وابن حبان والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً ، ورواه ابن ماجه أيضاً عن أبي ذر ، ورواه أبو نعيم عن ابن عمر ، بلفظ « إن الله وضع » إلا حديث أبي الدرداء وثوبان فهو بلفظ « إن الله تجاوز عن أمتي . . . » وذكره ابن عدي عن أبي بكرة بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة ثلاثا » ورواه الطبراني في الأوسط عن عقبة بلفظ « وضع عن أمتي . . » وفيه ابن لهيعة ، وفيه ضعف . فلفظ « رفع عن أمتي . . » ليس موجوداً (نصب الراية : ٦٢/٢ التلخيص الحبير : ص ١٠٩ ، مجمع الزوائد : ٢٥٠/٦) .

٢ ـ النوع الثاني وفيه بحثان :

أ ـ الإكراه على الكفر : إذا كان الإكراه تاماً ، فلا يحكم بالردة ، ولا تبين امرأة المستكره اتفاقاً بين الفقهاء ، ما عدا المالكية فيما إذا كان التهديد بغير القتل ، وأقدم المهدد على الكفر ، فإنه يرتد عندهم ؛ لأن غير القتل أقل خطورة من الكفر .

وإن كان الإكراه ناقصاً ، وتلفظ المستكره بالكفر لا يصبح مرتداً عند الشافعية والحنابلة والظاهرية ، عملاً بقوله تعالى : ﴿ من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان . . ﴾ الآية .

وقال المالكية والحنفية : يحكم بكفر المستكره إكراهاً ناقصاً ، ويصبح مرتداً تلحقه أحكام المرتدين ؛ لأنه ليس بمكره حقيقة بل أقدم على ما أقدم عليه لدفع الغم عن نفسه لا للضرورة . ويظهر أن الرأي الأول أرجح عملاً بالنص .

ويجري هذا الخلاف في الإكراه على الصلاة للصليب أو على السجود للصنم .

وإذا كان الإكراه على الكفر لا يجعل المستكره كافراً ، فإن **الإكراه على الإسلام** يجعل المستكره مسلماً ، والفرق بين الحالتين : أن الإيمان في الحقيقة تصديق ، والكفر تكذيب ، وذلك يحصل في القلب ، والإكراه لا شأن له بالقلب ، ففي حالة الاختيار جعل اللسان دليلاً على ما في القلب ظاهراً ، وفي حالة الإكراه على الكفر لا يجعل اللسان دليلاً على ما في القلب ؛ لأن الإيمان أمر قلبي ، أما في حالة الإكراه على الإسلام ، فيحكم بالإسلام مع احتمال أنه كافر في قلبه ؛ لأن ترجيح جانب الإسلام إعلاء الدين الحق ، وإعلاء الدين الحق واجب[1] ، قال عليه الصلاة والسلام : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه »[2] .

---

(١) البدائع : ١٧٨/٦ ، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي : ٦١ ـ ٦٧ ، تكملة فتح القدير : ٣٠٧/٧ ، المغني : ١٤٥/٨ ، الكتاب مع اللباب : ١١٤/٤ .

(٢) أخرجه الدارقطني عن عائذ عن عمرو بن المزني ، وفيه مجهولان ، ورواه الطبراني والبيهقي عن عمر ، ورواه نهشل عن معاذ ، وروي موقوفاً على ابن عباس (راجع نصب الراية : ٢١٣/٣ ، سبل السلام : ٦٧/٤) .

ويلاحظ أن الذي يجوز إكراهه على الإسلام هو الحربي عند جمهور العلماء، وكذا يجوز إكراه الذمي والمستأمن عند الحنفية، ولا يجوز إكراههما عند جمهور العلماء، والأدلة تعرف في كتب الفقه المطولة، والراجح مذهب الجمهور في الذمي، كما أن الراجح في تقديري هو أن الحربي أيضاً لا يكره على الإسلام كما يقرر جماعة من العلماء لقوله تعالى: ﴿لا إكراه في الدين﴾[1].

ب ـ **الإكراه على إتلاف المال**: إذا أكره شخص غيره على إحراق أثاث منزل لآخر مثلاً، فإن كان **الإكراه تاماً**، فالضمان على المكره عند الحنفية والحنابلة في الأرجح عندهم وبعض الشافعية؛ لأن المستكره مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكره، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً.

وقال المالكية والظاهرية وبعض الشافعية: الضمان على المستكره؛ لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير، بجامع الإباحة في كل منهما، وكما يجب ضمان المضطر يجب ضمان المستكره.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم وفي وجه عند الحنابلة: الضمان على المكره والمستكره؛ لأن الإتلاف صدر من المستكره حقيقة، ومن المكره بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، لكن يستقر الضمان في النهاية على المكره في الأصح.

وإن كان **الإكراه ناقصاً**: فالضمان على المستكره عند الحنفية والمالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلم يكن المستكره مجرد آلة للمكره، فكان الإتلاف من المستكره، فوجب الضمان عليه[2].

---

(١) راجع آثار الحرب في الفقه الإسلامي ـ الطبعة الثانية، للمؤلف: ص ٧٨.

(٢) المراجع السابقة، البدائع: ص ١٧٩، مجمع الضمانات: ص ٢٠٥ اللباب شرح الكتاب: ١١٢/٤، تكملة فتح القدير: ٣٠٢/٧، تبيين الحقائق: ص ١٨٦، المحلى لابن حزم: ٣٨١/٨، الأشباه والنظائر للسيوطي: =

٣ـ **النوع الثالث**، وفيه بحثان :

أ ـ **الإكراه على القتل :** اتفق الفقهاء على تأثيم من أكره على القتل، فقتل، واختلفوا في القصاص منه إذا كان **الإكراه تاماً**.

فقال أبو حنيفة ومحمد، وداود، وأحمد في رواية، والشافعي في أحد قوليه : لا قصاص على المستكره، وإنما يقتص من المكره، ويعزر المستكره فقط، لقوله ﷺ : «عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» والعفو عن الشيء عفو عن مقتضاه، فكان مقتضى ما أكره عليه عفواً، ولأن المستكره مجرد آلة للمكره، إذ القاتل في المعنى هو المكره، وإنما الموجود من المستكره صورة القتل، فأشبه المستكره الآلة، ولا قصاص على الآلة.

وقال زفر وابن حزم الظاهري : يقتص من المستكره ؛ لأن القتل وجد منه حقيقة حساً ومشاهدة، ولأنه أتى محرماً عليه إتيانه. وأما المكره فهو متسبب، ولا قصاص بالتسبب عندهم، ورجح الطحاوي هذا الرأي.

وقال أبو يوسف : لا يقتص من المستكره ولا من المكره، للشبهة لأن المكره ليس بقاتل حقيقة وإنما هو مسبب للقتل، وإنما القاتل هو المستكره، ولما لم يجب القصاص على المستكره، فلأن لا يجب على المكره أولى. وإنما يجب على المكره الدية ولا يرجع على المستكره بشيء.

وقال المالكية والشافعية في الأرجح، والحنابلة في المذهب عندهم : يقتص من المكره والمستكره ؛ لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة، والمكره متسبب في القتل، والمتسبب كالمباشر كما ثبت شرعاً.

= ص ١٧٩، قواعد الأحكام : ١٣٢/٢، تهذيب الفروق : ٢٠٣/٢، الفروق : ٢٠٨/٢، كشاف القناع : ٩٨/٤، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي : ٤٤٤/٣، القواعد لابن رجب : ص ٢٨٦.

ويظهر أن الرأي الأول أرجح الآراء، وهو مذهب أبي حنيفة.

وأما إذا كان **الإكراه ناقصاً** فيجب القصاص على المستكره بلا خلاف؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار، فلا يمنع وجوب القصاص[1].

وأما الدية حال الإكراه: ففي وجوبها روايتان عند الحنفية أرجحها أنها تجب على المكره.

وأما **الإرث**: فلا يمنع منه المستكره الذي أكره على قتل مورثه عند أئمة الحنفية ما عدا زفر.

والمستكره على قطع يد إنسان إذا قطعها يجري فيه الخلاف المذكور في الإكراه على القتل.

فإذا أذن المجني عليه للمستكره بقطع يده أو قتله، فلا يباح له الفعل؛ لأن هذه الجنايات لا تباح بالإذن. فإن تم القطع في هذه الحالة، فلا ضمان على أحد، لوجود الإذن من جهة المجني عليه، وأما في القتل فلا عبرة بالإذن، وتجب حينئذ الدية على المكره، كما في ظاهر الرواية. وفي رواية: لا تجب[2].

ب ـ الإكراه على الزنا: الإكراه على الزنا إما أن يقع على المرأة أو على الرجل.

فإذا أكرهت المرأة على الزنا: فلا يقام عليها الحد عند جمهور الفقهاء، سواء أكان الإكراه تاماً أم ناقصاً، لقوله تعالى: ﴿ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن

---

(١) المراجع السابقة، مغني المحتاج: ٧/٢، ٢٨٩/٣، قواعد الأحكام: ١٣٢/٢، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٧، المغني: ٦٤٥/٧.

(٢) البدائع: ١٨٠/٧، مجمع الضمانات: ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥، اللباب شرح الكتاب: ١١٢/٤، مختصر الطحاوي: ص ٤٠٩ وما بعدها.

تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم﴾ فدلت الآية على انتفاء الإثم عن المرأة المكرهة على الزنا، وإذا انتفى الإثم عنها ارتفع الحد.

وإذا أكره الرجل على الزنا إكراهاً تاماً أو ناقصاً، فالمختار عند الحنابلة وجوب الحد عليه؛ لأن الزنا لا يتحقق إلا بانتشار العضو، والانتشار لا يكون مع الخوف، فحيث يوجد الانتشار، توجد الطواعية في الفعل، فيكون المستكره على الزنا إذا حدث منه طائعاً، فيجب عليه الحد.

والواقع أن الانتشار ليس دليلاً على الاختيار؛ لأن الانتشار طبيعي عند مقابلة المرأة، ولذا يحدث للنائم ولا اختيار له.

وقال الشافعية في المعتمد عندهم: لا يجب الحد على المستكره على الزنا سواء أكان الإكراه تاماً أم ناقصاً؛ لأن الإكراه أياً كان نوعه يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وأما الحنفية: فكان أبو حنيفة يرى وجوب الحد على المستكره على الزنا، ثم قال: إذا كان الإكراه تاماً ـ وهو الذي يتحقق فقط من السلطان بحسب عرف زمانه ـ فلا يجب الحد. وأما إكراه غير السلطان فيوجب الحد. وقال الصاحبان: لا يجب الحد حالة الإكراه التام، سواء أكان الإكراه من السلطان أم من غيره، ورأيهما هو الأرجح عند الحنفية. وهو رأي أبي حنيفة أخيراً.

وإن كان الإكراه ناقصاً: فيجب الحد عند أبي حنيفة وصاحبيه؛ لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار، فيكون الزاني في هذه الحالة مختاراً، فيحد.

والخلاصة: أن الحنفية لا يوجبون الحد في حالة الإكراه التام، ويوجبونه في حالة الإكراه الناقص.

وقال المالكية : إن كان الرجل والمرأة مكرهين على الزنا فيجب الحد . وإن كانت المرأة طائعة ولم تكن ذات زوج ، فقد أسقطت حقها برضاها ، فلم يبق سوى حق الله تعالى ، وحق الله يسقط بالإكراه ، فلا يجب الحد عند بعض المالكية إذا كان التهديد بالقتل . أما بغير القتل فيجب الحد ، وهذا هو المفتى به . والمشهور في المذهب : وجوب الحد على الرجل والمرأة .

وكذلك يحد المكْره على الزنا في مذهب الحنابلة .

والذي يظهر هو رجحان مذهب الشافعية ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات[1] .

الإكراه على أحد أمرين : كل ما ذكرناه إذا كان التصرف الحسي المكره عليه معيناً ، فإن كان المكره عليه مخيراً فيه : فبالنسبة للحكم الأخروي يظل المباح والمرخص فيه والحرام كما هو في حالة التعيين ، ولكن عليه اختيار الأخف ، فإذا أكره إنسان على أكل ميتة أو قتل مسلم ، يباح له الأكل ، ولا يرخص له القتل ، ولو امتنع من الأكل حتى قتل يأثم . ولو أكره على إتلاف مال إنسان أو قتله رخص له الإتلاف .

ولو أكره على القتل أو الزنا لا يرخص له أن يفعل أحدهما ، ولا يأثم إذا قتل .

ولو أكره على القتل أو الكفر يرخص له إجراء كلمة الكفر إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان .

وأما بالنسبة للحكم الدنيوي : فقد يختلف الحكم بالتخيير عن حالة التعيين ، فلو أكره على أكل الميتة أو قتل المسلم ، فلم يأكل وقتل ، يجب القصاص على المستكره عند الحنفية ؛ لأنه أمكنه دفع الضرورة بتناول المباح ، فكان القتل حاصلاً باختياره .

ولو أكره على الكفر أو القتل ، فقتل ولم يكفر بلسانه ، فالقياس : أنه يجب عليه

---

(١) البدائع : ١٨٠/٧ ، تكملة فتح القدير : ٣٠٦/٧ ، مختصر الطحاوي : ص ٤١٠ ، الدر المختار : ٩٥/٥ ، تبيين الحقائق : ١٨٩/٥ بحث الإكراه للأستاذ البرديسي : ص ٥٦ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣١٨/٤ ، المغني : ٢٥١/٥ .

القصاص ؛ لأنه اختار القتل الذي هو حرام على المرخص فيه ، ومقتضى الاستحسان أنه لا قصاص عليه ، ولكن تجب عليه الدية ، إن لم يكن عالماً أنه مرخص له بلفظ الكفر[1] .

المبحث الرابع - أثر الإكراه في التصرفات الشرعية : (أي في التصرفات القولية أو التصرفات القانونية) .

نبدأ الكلام على التصرفات الشرعية المعينة ونقول :

التصرفات الشرعية المعينة إما أن تكون إنشاء أو اقراراً . والتصرفات الإنشائية نوعان : نوع لا يحتمل الفسخ ، ونوع يحتمل الفسخ .

أما التصرفات التي لا تحتمل الفسخ : فهي كالطلاق والنكاح والظهار واليمين والعفو عن القصاص . وقد أوصلها بعض الحنفية إلى عشرين ، والتحقيق أنها خمسة عشر[2] .

وأما التصرفات التي تحتمل الفسخ : فهي كالبيع والإجارة ونحوهما من كل تصرف يعتبر سبباً للملك .

أولاً - التصرفات التي لا تحتمل الفسخ (أي الرد ، وهي التصرفات اللازمة) :

يرى الحنفية أنه لا تأثير للإكراه على التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ أي الرد ، ولا يشترط فيها الرضا ، فتعتبر هذه التصرفات نافذة مع الإكراه ؛ لأنها لا تقبل الفسخ ، فتصبح لازمة . فلو أكره الرجل على الطلاق أو النذر أو اليمين أو الظهار أو النكاح أو الرجعة ، أو الإيلاء أو الفيء فيه باللسان ، أو العفو عن القصاص ، وقع المكره عليه ؛

---

(١) راجع البدائع : ١٨١/٧ .

(٢) راجع الدر المختار ورد المحتار عليه : ٩٦/٥ .

لأنها تصرفات يستوي فيها الجد والهزل ، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف فيها ، والأصل فيه حديث حذيفة بن اليمان رضي الله عنه ، وهو « أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله ﷺ في غزوة ، فحلف مكرها ، ثم أخبر به رسول الله ﷺ ، فقال : أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم » وقد أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكره[1] . ويؤيده عموم قوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد ﴾ الآية .

والخلاصة : أن هذه التصرفات تصح وتلزم من المستكره .

ويرى جمهور الأئمة غير الحنفية أن الإكراه يؤثر في هذه التصرفات ، فيفسدها ، فلا يقع طلاق المكره مثلاً ، ولا يثبت عقد النكاح بالإكراه ونحوهما . وهذا هو الأرجح .

واستدلوا بأن الله تعالى لما لم يرتب على التلفظ بالكفر حالة الإكراه أثراً في قوله تعالى : ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ فلا يترتب على أي تصرف قولي مع الإكراه أي أثر .

وقد ثبت في السنة أن خنساء بنت خزام الأنصارية زوجها أبوها وهي ثيب ، فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله ﷺ ، فرد نكاحها[2] ، ويؤيدها حادثة أخرى وهي أن فتاة زوجها أبوها من ابن أخيه وهي كارهة ، فجعل رسول الله ﷺ الأمر إليها[3] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر (نصب الراية : ٢٢٢/٣) .

(٢) رواه البخاري عن خنساء بنت خزام (نصب الراية : ١٩١/٣) .

(٣) أخرجه النسائي وأحمد عن عائشة بلفظ : إن فتاة دخلت عليها ، فقالت : إن أبي زوجني من ابن أخيه يرفع بي خسيسته (أي دناءته) وأنا كارهة ، قالت : اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها ، فدعاه ، فجعل الأمر إليها ، فقالت : يا رسول الله ، قد أجزت ما صنع أبي ، ولكن أردت أن أعلم النساء ، أن ليس للآباء من الأمر شيء » قال البيهقي : هذا مرسل . ويؤيده خبر آخر في موضوعه ، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه مرسلاً عن ابن عباس (راجع سبل السلام : ١٢٢/٣ ، نصب الراية ، المرجع السابق : ص ١٩٢) .

وقال ﷺ : « لا طلاق في إغلاق »[1] وفسر الشافعي الإغلاق بالإكراه ، وقال عليه السلام أيضاً : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[2] أي رفع حكم الإكراه وغيره . ثم إن هذه التصرفات لا تصح مع الإكراه حتى لا يترتب عليها زوال حقوق الناس وأملاكهم بدون رضاهم .

وبناء عليه قال الشافعية : إن طلاق المستكره وعتاقه وبيعه وإجارته ونكاحه ورجعته وغيرها من التصرفات لا تصح ؛ لأن رفع حكم الإكراه إنما يكون بانعدام الحكم المتعلق به ، كوقوع الطلاق ، وصحة البيع والنكاح .

وأما وجوب القصاص عندهم على القاتل المستكره ، فيستثنى من عموم الصيغة ، تعظيماً لأمر الدم ، فإنه لا سبيل إلى استباحته ، وتجب رعاية حرمته[3] .

وأما حديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة »[4] الذي تمسك به الحنفية فهو ضعيف على الأرجح ، وأما حديث حذيفة فهو حديث مكذوب كما قال ابن حزم .

وأما ما روي عن ابن عمر من أنه أجاز طلاق المكره ، فيقدح فيه ما رواه ابن حجر في فتح الباري أن عبد الرزاق أخرج عن ابن عمر عدم جواز طلاق المكره في قصة ثابت الأعرج ، ويؤيده أن عدم جواز طلاق المكره روي عن ابن عمر في سنن البيهقي ، وفي صحيح البخاري ، وفي موطأ مالك .

---

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم وقال : على شرط مسلم ، ولفظه : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » قال أبو داود : أظنه الغضب ـ يعني الإغلاق ـ وقال ابن قتيبة : الإغلاق : الإكراه . وقال بعضهم : الصحيح أنه يعم الإكراه والغضب والجنون ، وكل أمر انغلق على صاحبه علمه وقصده (راجع نصب الراية : ٢٢٣/٣) .

(٢) رواه الطبراني عن ثوبان ، ورمز السيوطي لصحته . (راجع الفتح الكبير : ٣٥/٤) .

(٣) تخريج الفروع على الأصول : ص ١٤٩ .

(٤) رواه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي وصححه الحاكم عن أبي هريرة ، وفي رواية لابن عدي من وجه آخر ضعيف : « الطلاق والعتاق والنكاح » (راجع سبل السلام : ١٧٥/٣ ، الإلمام لابن دقيق العيد : ص ٤٢٣ وما بعدها ، نصب الراية : ٢٩٣/٣ وما بعدها) .

وأما ما استدل به الحنفية من عموم قوله تعالى : ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد ﴾ فهو معارض لقوله تعالى : ﴿ ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ﴾ والمستكره لم يطلق قط ، بل إن حديث « لا طلاق في إغلاق » يقيد إطلاق آية الطلاق ، حتى على مذهب الحنفية القائلين بأن هذا الحديث ظني ، والظني لا يقيد القطعي ؛ لأن هذه الآية قيدت بحديث مشهور وهو قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يكبر (أو يعقل أو يحتلم) ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق »[1] فصارت ظنية ، فأصبحت بعدئذ صالحة لتقييدها بخبر ظني[2] .

ثانياً ـ التصرفات التي تحتمل الفسخ :

إذا أكره الإنسان إكراهاً تاماً أو ناقصاً على تصرف يحتمل الفسخ أي يقبل الرد ، ويشترط فيه الرضا كالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها ، فإن الإكراه عند جمهور الحنفية يفسده أي أن التصرف نافذ ، ولكنه فاسد ، وحينئذ يملك المشتري المبيع بالقبض . وسبب الفساد : هو أن الرضا شرط نفاذ هذه التصرفات ، والإكراه يعدم الرضا ، وانتفاء الشرط يترتب عليه انتفاء المشروط ، وهو النفاذ ، فيفسد التصرف . وعليه يكون بيع المستكره وإجارته وهبته فاسدة ، ولكن للمستكره بعد زوال الإكراه الخيار بين إمضاء التصرف وفسخه ؛ لأن الرضا كما أشرنا شرط لصحة هذه التصرفات .

وقال المالكية وزفر من الحنفية : تعتبر هذه التصرفات بالإكراه موقوفة ؛ لأن الرضا شرط في صحة العقد ، لا في انعقاده ، حتى لو أجاز المستكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه أصبح العقد صحيحاً ، ولو كان العقد فاسداً لما جاز ؛ لأن الفاسد

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة إلا الترمذي وصححه الحاكم ، وأخرجه ابن حبان عن عائشة ، ورواه بعضهم عن علي وعمر وابن عباس وأبي هريرة وغيرهم (مجمع الزوائد : ٢٥١/٦ ، سبل السلام : ١٨٠/٣ ، الإلمام : ص ٦٦ ، ٤٢١) .

(٢) راجع البدائع : ١٨٢/٧ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٣٠٣/٧ ، تبيين الحقائق : ١٨٨/٥ ، الدر المختار : ٩٦/٥ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٦ ، المحلى : ٣٨٣/٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٨٩/٣ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٦٧/٢ ، المغني : ١١٨/٧ ، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي ـ القسم الثاني : ص ٢ وما بعدها .

لا يجوز بالإجازة ، ولا يرتفع الفساد بالإجازة كسائر البيوع الفاسدة ، فأشبه بيع الفضولي ، وبما أنه بيع موقوف ، لا يثبت به الملك بالقبض .

والخلاصة : أن أبا حنيفة وصاحبيه ذهبوا إلى أن الإكراه يفسد العقد إفساداً فقط ، لا إبطالاً ، وتترتب عليه الأحكام المقررة لفساد العقود إلا من ناحية واحدة ، وهي أنه بعد زوال الإكراه ، لو أجاز المستكره العقد ، صح هذا العقد ، ويصبح ملزماً ؛ لأن الفساد إنما كان صيانة لمصلحته الخاصة لا لمصلحة عامة . وأما زفر فيجعل العقد غير نافذ كعقد الفضولي ، فهو صحيح موقوف بالنسبة للمستكره ، ويتوقف على إجازته بعد زوال الإكراه ، وبما أن هذا العقد يجوز ويلزم بالإجازة ، فهذا دليل على كون العقد موقوفاً لا فاسداً ؛ لأن العقد الفاسد يفسخ فسخاً ولا يجاز إجازة . ويلاحظ أن دليل زفر أقوى وأوجَه ، ولكن المعتمد عند الحنفية هو رأي الإمام وصاحبيه[1] .

وقال باقي الفقهاء : تعتبر هذه التصرفات مع الإكراه باطلة غير صحيحة[2] .

مثاله : حالة الإكراه على البيع سواء أكان تاماً أم ناقصاً .

وبه يلاحظ أن للعلماء في **حكم بيع المستكره** أربعة مذاهب :

١ ـ ذهب أبو حنيفة وصاحباه إلى فساد بيع المكره عملاً بعمومات نصوص البيع ، ولا فرق بين فساد البيع بسبب الجهالة أو الربا أو غيرهما وبين فساده بالإكراه ، لعدم توافر الرضا إلا في أن المستكره له حق إجازة العقد بعد زوال الإكراه ، كما له حق الفسخ مطلقاً ، فيسترد المبيع الذي أكره على بيعه ، ولو تداولته

---

(١) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ص ٣٦٤ .

(٢) البدائع : ١٨٦/٧ ، تكملة فتح القدير : ٢٩٣/٧ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١٠٨/٤ ، تبيين الحقائق : ١٨٢/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٨٩/٥ وما بعدها ، المحلى : ٣٨٠/٨ ، غاية المنتهى : ٥/٢ ، بحث الإكراه للأستاذ البرديسي ـ القسم الثاني : ص ٢٥ .

الأيدي كأن تصرف المشتري به ، صيانة لمصلحته ومحافظة على إرادته ورضاه . أما بقية البيوع الفاسدة فلا تلحقها الإجازة ؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحوه ، كما أنه إذا تصرف المشتري الجديد بالمبيع نفذ تصرفه ، وليس للبائع الأصلي حق الفسخ نظراً لتعلق حق المشتري الجديد بالمبيع ، وحق العبد مقدم على حق الله ، لاستغناء الله واحتياج العبد .

٢ ـ وذهب زفر من الحنفية إلى أن بيع المستكره موقوف .

٣ ـ وقرر المالكية أن بيع المستكره غير لازم أي أن للعاقد المكره الخيار في إمضاء العقد أو فسخه ، وهذا يتفق مع ما ذكره القدوري الحنفي في بيان حكم بيع المستكره وشرائه و إقراره .

٤ ـ وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى بطلان بيع المستكره .

أثر الإكراه على الإقرارات :

تكلمنا عن أثر الإكراه في التصرفات الإنشائية ، ونتكلم هنا عن أثر الإكراه في الإقرارات .

إذا أكره رجل بغير حق على أن يقر بشيء ، ففي هذا الإقرار للفقهاء مذهبان :

١ ـ مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية : يقرر إلغاء الإقرار وعدم ترتب أي أثر عليه ، سواء أكان المقر به مما يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة ، أم مما لا يحتمل الفسخ كالطلاق والرجعة .

استدل الحنفية بأن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب ، إلا أنه يصح الإقرار حالة الاختيار ؛ لأن الإنسان غير متهم على نفسه ، ولم يصح حالة الإكراه ، لترجح جانب الكذب بسبب وجود التهديد .

واستدل غير الحنفية بحديث « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا

عليه » فلفظ « ما » في الحديث يفيد العموم ، فيكون حكم كل تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعاً ، والإقرار تصرف من التصرفات ، فيكون حكمه مرفوعاً عند الإكراه ، فلا يترتب عليه أي أثر من آثاره .

٢ ـ مذهب المالكية يقرر عدم لزوم إقرار المستكره بغير حق أي أن المستكره بعد زوال الإكراه مخير بين أن يجيز الإقرار وبين ألا يجيزه .

واستدلوا بأن إقرار المستكره كطلاقه بجامع عدم الرضا في كل ، فكما لا يلزم طلاق المستكره لا يلزم إقرار المستكره .

وأما الإقرار مكرهاً بالزنا أو شرب الخمر أو السرقة أو القذف أو القتل ، فإنه يعتبر ملغياً ، ولا يقام عليه حد ولا قصاص عند أغلب الفقهاء ، ومنهم المالكية ؛ لأن الإكراه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات[١] .

أثر الإكراه في التصرفات الشرعية المخير فيها :

عرفنا أن التصرفات الشرعية إما أن تكون قابلة للفسخ أو غير قابلة للفسخ .

أما التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ والمخير فيها بالإكراه فللفقهاء في حكمها رأيان :

الأول ـ رأي الشافعية : وهو أنهم يشترطون تعيين الشيء المكره عليه ، فلا إكراه مع التخيير ، وتكون التصرفات المخير فيها التي لا تقبل الفسخ نافذة .

الثاني ـ رأي جمهور الأئمة : وهو أنهم يقولون : لا يشترط التعيين في المكره عليه ، فالإكراه باق مع التخيير ، ويترتب على الإكراه أثره في التصرفات الشرعية

---

(١) البدائع : ١٨٩/٧ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٢٦٥/٧ ، تبيين الحقائق ١٨٢/٥ ، الدر المختار : ٨٩/٥ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٩٧/٣ ، المغني : ١٩٦/٨ ، حاشية الباجوري : ٤/٢ ، بحث الإكراه للبرديسي ـ القسم الثاني : ص ٤٤ وما بعدها .

المخير فيها التي لا تحتمل الفسخ بحسب المقرر في كل مذهب ، كما بينا .

فإذا أكره إنسان على أن يطلق امرأته المدخول بها أو امرأته غير المدخول بها وطلق إحدى المرأتين : لم يعتبر الإكراه عند الشافعية ، ويقع الطلاق ؛ لأنه وجدت قرينة على الاختيار فيما أتى به .

وعند بقية الأئمة : يعتبر الإكراه ، ولكنهم فصلوا في وقوع الطلاق أي ترتيب أثر الإكراه ، فعند الحنفية : يقع الطلاق إذ لا أثر للإكراه عندهم في التصرفات القولية التي لا تحتمل الفسخ . وفي المعتمد عند المالكية : لا يلزم الطلاق ، وللمستكره بعد زوال الإكراه حق إجازة الطلاق . وعند الحنابلة : يقع الطلاق ؛ لأن التخيير كالتعيين عندهم .

وأما التصرفات الشرعية المخير فيها التي تحتمل الفسخ ، فكذلك للفقهاء في أثر الإكراه فيها رأيان :

الأول ـ رأي الشافعية القائلين بأنه لا إكراه مع التخيير .

الثاني ـ رأي باقي الأئمة الذين يقولون بأنه لا مانع من وجود الإكراه مع التخيير .

مثلاً : إذا أكره الرجل على بيع إحدى العمارتين المملوكتين له ، فباع إحداهما ، كان البيع نافذاً عند الشافعية لانعدام الإكراه هنا .

وعند باقي الأئمة : يترتب على الإكراه أثره كما في حالة التعيين . وبناء عليه يكون بيع إحدى العمارتين باطلاً عند الحنابلة والظاهرية ، وفاسداً عند جمهور الحنفية ، وموقوفاً عند المالكية وزفر . وأدلة كل منهم تعرف في مثال الإكراه على البيع السابق ذكره[1] .

---

(١) المراجع السابقة في بحث الإكراه في التصرفات القابلة للفسخ ، مغني المحتاج : ٢٨٩/٣ ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٣٦٧/٢ ، بحث الإكراه للبرديسي ـ القسم الثاني : ص ٦٠ وما بعدها .

الفصل الثامن عشر

الحجر

الكلام عن الحجر في مباحث أربعة :

أولها ـ في تعريف الحجر ومشروعيته وحكمة تشريعه .
وثانيها ـ في أسباب الحجر .
وثالثها ـ في رفع الحجر .
ورابعها ـ تعلق الدين بالتركة .

المبحث الأول ـ تعريف الحجر ومشروعيته وحكمة تشريعه ونوعاه :

أولاً ـ تعريف الحجر : الحَجْر في اللغة : المنع والتضييق ، يقال : حجر عليه حجراً أي منعه من التصرف ، ومنه سمي الحرام : حِجْراً ، قال تعالى : ﴿ ويقولون حجراً محجوراً ﴾ أي حراماً محرماً ، وسمي العقل حجراً ، قال تعالى : ﴿ هل في ذلك قسم لذي حِجْر ﴾ أي عقل ؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح من المفاسد وتضر عاقبته ، وسمي الحطيم حِجْراً لأنه منع من الكعبة ، وقطع منها ، كما منع من أن يدخل في الحرم .

والحَجْر في الشريعة : هو منع الإنسان عن التصرف في ماله . ويقابله الإذن وهو

فك الحجر وإسقاط حق المنع[1] وللحجر تعاريف متقاربة عند الفقهاء هي ما يأتي :

قال الحنفية[2] : الحجر : هو المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية . فإذا باشر المحجور عقداً أو تصرفاً قولياً كالبيع أو الهبة لا ينفذ أي لا يلزم ، ولا يترتب عليه حكمه ، فلا يملك بالقبض . وكون الحجر من التصرفات القولية ؛ لأنها هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها ، أما الأفعال فلا يتصور الحجر فيها ؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه ، بخلاف القول ، فإنه يمكن رفعه بمنع انعقاده شرعاً أو منع نفاذه . وللحنفية تعريف آخر أدق : وهو عبارة عن منع مخصوص متعلق بشخص مخصوص ، عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه ، أي لزومه ؛ لأن عقد المحجور ينعقد موقوفاً[3] .

فالحجر على الصغير أو المجنون قد يجعل تصرفه غير منعقد أصلاً ، كما إذا كان ضرراً محضياً ، كطلاق زوجته ، وقد يجعله موقوفاً على إجازة الولي كالبيع والشراء من المميز ، أما إذا كان لا يعقل أصلاً فتصرفه باطل .

وأما الحجر على الأفعال ، فلا يفيد ، ويكون كل من الصبي والمجنون ضامناً لما يتلفه من مال غيره ، ويؤخذ ثمنه من ماله إن كان له مال ، ويطالب بالأداء وليه أو وصيه ؛ لأن الضمان من خطاب الوضع ، وهو لا يشترط فيه التكليف أو التمييز ، لكن لا يطبق عليهما العقاب البدني كالحدود والقصاص ، لعدم توافر القصد الصحيح ، وإنما تجب عليهما الدية في حال القتل ، لأنه يعتبر منهما خطأ .

وعرفه المالكية[4] بأنه صفة حكمية ـ أي يحكم بها الشرع ـ توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته ، أو تبرعه بما زاد على ثلث ماله . فشمل الأول :

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٠٣/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٠٨/٥ .

(٢) الدر المختار : ٩٩/٥ ، تبيين الحقائق : ١٩٠/٥ ، اللباب : ٦٦/٢ .

(٣) رد المحتار : ٩٩/٥ .

(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير : ٣٨١/٣ .

الحجر على الصبي والمجنون والسفيه والمفلس ونحوهم ، فإنهم يمنعون من التصرف بالبيع أو التبرع فيما زاد على قوتهم و يكون تصرفهم موقوفاً على إجازة الولي . وشمل الثاني : الحجر على مريض الموت والزوجة ، فإنهما لا يمنعان من البيع والشراء ، وإنما يمنعان من التبرع فيما يزيد عن ثلث مالهما .

وعرفه الشافعية والحنابلة[1] : بأنه المنع من التصرفات المالية . سواء أكان المنع من الشرع كمنع الصغير والمجنون والسفيه ، أم من الحاكم كمنع المشتري من التصرف في ماله حتى يؤدي الثمن الحال الذي عليه . ولا يمنع المحجور (السفيه والمفلس والمريض) من التصرفات غير المالية ، كالتصرف بالطلاق والإقرار بما يوجب العقوبة ، وكالعبادة البدنية واجبة أو مندوبة ، وتنفذ منه العبادة المالية الواجبة كالحج ، دون المندوبة . لكن الصبي والمجنون لا يصح تصرفهما في شيء مطلقاً من الأموال والذمم والأحوال الشخصية من زواج وطلاق .

ثانياً ـ دليل مشروعية الحجر :

ورد في القرآن الكريم آيات ثلاثة تدل على مشروعية الحجر من حيث المبدأ ، أولها قوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً ﴾ نهى الله تعالى فيها الأولياء عن إعطاء السفهاء أموالهم ؛ لأن في إعطائهم تعريضاً لضياعها ، فدل النص على منعهم من التصرف في أموالهم ، وهو معنى الحجر عليهم .

والآية الثانية قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ أمر تعالى باختبار اليتامى في حفظ أموالهم ، بأن يدفع لهم شيء من أموالهم ، لمعرفة خبرتهم في التصرفات ، فإن آنس منهم الرشد قبل

---

(١) مغني المحتاج : ١٦٥/٢ ، المغني : ٤٥٦/٤ ، كشاف القناع : ٤٠٤/٣ .

البلوغ ، سلموا أموالهم ، فدل النص على منع دفع أموالهم إليهم ، قبل الرشد ، وحجرهم عنها ، حتى لا يتصرفوا فيها .

والآية الثالثة قوله سبحانه : ﴿ فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾ فسَّر الشافعي رضي الله عنه السفيه بالمبذر ، والضعيف بالصبي ، والكبير بالمختل ، والذي لا يستطيع أن يمل بالمغلوب على عقله ، فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم ، فدل على ثبوت الحجر عليهم . وثبت في السنة الصحيحة أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه[1] . وحجر عثمان بسبب التبذير على عبد الله بن جعفر[2] .

ثالثاً ـ حكمة تشريع الحجر :

ليس في الحجر إهدار حقيقي لكرامة الإنسان ، وإنما هو رحمة ومصلحة وصون وتعاون ، فهو رحمة بالمحجور عليه حتى يوفر له ماله في وقت تكثر فيه مسؤولياته ، وتتعدد واجباته ، فلا يواجه الحياة بوجه عبوس مقطب ، ولا تتراكم عليه الهموم والمشكلات ، ولا تصادمه الصعاب والمشاق ، وإنما يجد في ماله سبيلاً للنجاة ، والعيش الكريم ، وشق طريق الحياة ، وهو صون لماله من عبث العابثين ، وحد لهوى النفس بالإنفاق في وجوه غير صحيحة .

وهو مصلحة للفرد والمجتمع ودفع للضرر عنهما ، بتدريب المحجور وتوفير الخدمة اللازمة له بالتصرفات وممارسة شؤون التجارات ، حتى لا يصبح عالة على المجتمع ، وكيلا تبدد الأموال . وهو عون ضروري من الكبير الراشد ليتيم قاصر مثلاً للأخذ بيده في سفينة الحياة ، ولتثمير ماله ، والإنفاق منه على الأمور الضرورية له ، والبعد عن الأوجه المتنوعة للصرف فيما لا يحق النفع والخير له . فالمحجور عليه إن كان صغيراً

(١) رواه الدارقطني والبيهقي والحاكم وصححه عن كعب بن مالك (نيل الأوطار : ٢٤٤/٥ وما بعدها) .

(٢) رواه الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير (نيل الأوطار : ٢٤٥/٥) .

أو مجنوناً أو معتوهاً ، هو ناقص العقل ليس أهلاً لتقدير المصلحة ، ولا يتصور منه الرضا الصحيح ، ولا القصد والاختيار . فالحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لماله عليه . وإن كان سفيهاً مبذراً لأمواله هو متلف له ومضيعه في غير الوجوه النافعة .

وإن كان مغفلاً فلا يهتدي إلى التصرفات الرابحة ، وإنما يغبن في البيوع ويتضرر بها .

وإن كان مديناً فلابد من رعاية حق الدائنين في أموالهم وحفظ مصالحهم وعدم إضاعتها دفعاً للضرر عنهم ، وحتى لا ينضب معين الخير في الناس ، ولا ينفر أو يتبرم امرؤ من إقراض غيره قرضاً حسناً ينقذه من ورطات السوء .

لذا كان الحجر محققاً لمصلحة المحجور عليه نفسه بحفظ ماله وحقوقه ، ولمصلحة المجتمع أيضاً بإيصاد منافذ العوز والفاقة والفقر ؛ لأن المال عصب الحياة ، فيجب إنفاقه في غير إسراف ولا تبذير : ﴿ إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين ﴾ .

وقد أوصى الله الأولياء والأوصياء على اليتامى والمساكين بضرورة الإشراف على شؤونهم بالحق والعدل والمعروف ، إذ أنه ربما ترك الإنسان ذرية ضعافاً يحتاجون لمعاونة غيرهم لهم ، فقال سبحانه : ﴿ وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً ، إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ وروى الإمام أحمد والنسائي وأبو داود وغيرهم عن ابن عباس قال : لما نزلت ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ عَزَلوا أموال اليتامى ، حتى جَعَل الطعامُ يفسدُ ، واللحم ينتُن ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فنزلت : ﴿ وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ﴾ وأوجب الحق تبارك وتعالى اختبار الأيتام قبل دفع أموالهم إليهم ، فقال : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ .

ومنع القرآن الكريم من إيتاء السفيه ماله حرصاً على مصلحته ولمصلحة الناس ، فقال تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً ﴾ .

وثبت في السنة كما أشرنا الحجر على المدين ، دفعاً للضرر عن الدائنين ، كما ثبت عن عثمان الحجر على المبذر ، حفظاً لماله من الضياع . وروى الدارقطني عن كعب بن مالك « أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله ، وباعه في دين عليه » وروى الشافعي في مسنده عن عروة بن الزبير أن عثمان حجر على عبد الله بن جعفر بسبب تبذيره .

رابعاً ـ تقسيم الحجر بحسب نوع المصلحة :

الحجر بحسب نوع المصلحة المقصودة منه نوعان[1] :

الأول ـ حجر لمصلحة المحجور عليه : وهو كحجر المجنون والصغير والسفيه والمبذر ، إذ فائدة الحجر لا تتعداهم ، فقد شرع لمصلحتهم أنفسهم .

الثاني ـ حجر لمصلحة الغير : وهو كحجر المدين المفلس لحق الغرماء (الدائنين) ، ومريض الموت لحق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة حيث لا دين ، وحجر الراهن بعدم لزوم الرهن لحق المرتهن في العين المرهونة ، فقد شرع الحجر لصالح غير المحجور عليه .

المبحث الثاني ـ أسباب الحجر :

للحجر أسباب كثيرة ، منها ما هو متفق عليه كالحجر بسبب الصغر والجنون والعته ، لفقد الأهلية أو نقصها . ومنها ما هو مختلف فيه كالحجر بسبب السفه والغفلة والدين ، وسبب الخلاف راجع لا لقصور الأهلية ، وإنما لدفع الضرر عنهم وعن الناس .

---

(١) مغني المحتاج : ١٦٥/٢ ، كشاف القناع : ٤٠٤/٣ وما بعدها .

والحجر بسبب الرق متفق عليه ، فالرقيق محجور عن التصرف في ملك غيره إلا بإذنه ، لكونه ليس أهلاً للملك .

ويختلف أثر الحجر في تصرفات المحجور عليه باختلاف سببه ، ويظهر الاختلاف في المطالب الآتية :

المطلب الأول ـ أثر الحجر في تصرفات الصغير :

الصغر طور يمر به كل إنسان ، يبدأ من حين الولادة إلى البلوغ ، وقد أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحُلُم[1] ، لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ ولعدم توافر أهلية التصرف لعدم اكتمال الإدراك اللازم لتقدير نتائج التصرفات .

وقد اختلف الفقهاء في حكم تصرفات الصغير وفي أمور أخرى متعلقة به .

أولاً ـ آراء الفقهاء في حكم تصرفات الصغير أو أثر الحجر عليه :

للفقهاء مذاهب في أثر الحجر على الصغير ، فيرى الحنفية والمالكية ضرورة التفرقة بين المميز وغير المميز ، ولم يفرق الشافعية والحنابلة بينهما .

١ ـ قال الحنفية والمالكية[2] : الصغير إما مميز أو غير مميز ، وغير المميز : هو الذي لم يتم سن السابعة من العمر . والمميز هو الذي أكمل سن السابعة ، لقوله ﷺ : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين »[3] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٧٥/٢ .

(٢) الدر المختار : ١٠١/٥ ، تبيين الحقائق : ١٩١/٥ ، تكملة الفتح : ٣١٠/٧ وما بعدها ، البدائع : ١٧١/٧ ، اللباب : ٦٧/٢ ، الشرح الكبير : ٢٩٤/٣ ، ٢٩٦ ، الشرح الصغير : ٣٨٤/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ ، بداية المجتهد : ٢٧٨/٢ .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن عبد الله بن عمرو .

والتصرفات إما قولية أو فعلية :

أما التصرفات الفعلية : وهي الغصوب والإتلافات ، فلا أثر لحجر الصبي والمجنون عليها ، فيجب على كل منهما ضمان ما أتلف من مال أو نفس ، إذ لا حجر على الأفعال ، و إنما على الأقوال[1] .

وأما التصرفات القولية :

فإن صدرت من غير مميز فجميع تصرفاته باطلة لفقده أهلية الأداء أو التصرف ، إذ لا عقل له ولا تمييز ، فلا يعتبر رضاه ولا قصده ، سواء أكان التصرف نافعاً له ، أو ضاراً به ، أو متردداً بين الضرر والنفع ، فلا يصح عقده ولا إقراره ولا طلاقه كالمجنون لعدم اعتبار أقوالهما .

وإن صدرت من مميز فهي ثلاثة أنواع :

أ ـ التصرف النافع له نفعاً محضاً ، كقبوله الهبة أو الوصية ، واعتناق الإسلام ، يصح منه و ينفذ بدون توقف على إجازة وليه أو وصيه ، رعاية لجانب نفعه .

ب ـ التصرف الضار به ضرراً محضاً ، كتبرعه بشيء من ماله ، أو إقراضه ، أو إعارته ، أو طلاق زوجته ، يبطل منه ، ولا ينفذ ولا تصححه إجازة الولي ؛ لأن الإجازة لا تلحق الباطل ، ومن قواعد الحنفية : « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه » وقد رووه حديثاً ، لكنه لم يصح أصلاً[2] .

جـ ـ التصرف المتردد بين الضرر والنفع ، كالبيع والشراء ، والإيجار والاستئجار ، والزواج ، ينعقد منه موقوفاً على إجازة الولي ، إذا كان المميز يعقل البيع بأن يعلم أن

---

(١) الحجر على الأقوال دون الأفعال ، لأنها لا مَردّ لها لوجودها حساً ومشاهدة ، بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع ، لا بالواقع ، والقصد شرط لاعتبارها (الهداية مع تكملة الفتح : ٣١١/٧) .

(٢) راجع نصب الراية : ١٦١/٤ .

البيع سالب، والشراء جالب، ويقصده بأن يكون غير هازل؛ لأن تصرفه يحتمل الضرر فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل، وليس له إجازة ما فيه غبن فاحش، والولي بالخيار: إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه.

٢ ـ وقال الشافعية والحنابلة[1]: تعتبر التصرفات المالية من الصبي مميزاً أو غير مميز باطلة. لكن الشافعية قالوا: لا تصح تصرفات المميز وإن أذن له الولي، ويعتبر إذن الصبي المميز في إذن الدخول وإيصال الهدية، ويصح إحرامه بإذن وليه، وتصح عبادته، وله إزالة المنكر ويثاب عليه كالبالغ، كما يعتبر إسلامه، كإسلام سيدنا علي رضي الله عنه.

أما الحنابلة فقالوا: يصح تصرف المميز بإذن الولي، وينفك عنه الحجر فيما أذن له فيه من تجارة وغيرها، ويصح إقراره فيما أذن له فيه.

واتفق المذهبان على تضمين إتلافات الصغير من مال أو نفس، كالحنفية والمالكية. والخلاصة أنه لا تنفذ عند الحنفية والمالكية عقود الصبي والمجنون ولا إقرارهما، ولا تصح عند الشافعية والحنابلة.

ثانياً ـ عدم تسليم الصغير أمواله:

اتفق العلماء على أنه لا تسلم للصغير أمواله، حتى يبلغ راشداً[2]؛ لأن الله تعالى علق دفع المال إليه على شرطين هما البلوغ والرشد في قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما.

فإذا بلغ الصغير، فإما أن يبلغ رشيداً أو غير رشيد.

---

(١) مغني المحتاج: ١٦٦/٢، ١٧٠، كشاف القناع: ٤٣١/٣.

(٢) المغني: ٤٥٧/٤ وما بعدها، ٤٧١، المهذب: ٣٣٠/١، البدائع: ١٧٠/٧، بداية المجتهد: ٢٧٧/٢.

أ ـ **فإن بلغ رشيداً** ـ مصلحاً للمال : دفع ماله إليه ، وفك عنه الحجر[1] ، لقوله تعالى : ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ وفي سنن أبي داود : « لا يتم بعد الاحتلام » . وإذا دفع إليه ماله أشهد عليه عند الدفع لقوله تعالى : ﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم ﴾ ، وهل يحتاج رفع الحجر عن الصغير لحكم القاضي ؟

قال الجمهور (الحنفية والشافعية في الأرجح ، والحنابلة)[2] : يرتفع حجر الصغير ببلوغه رشيداً بدون حكم الحاكم ؛ لأن الحجر عليه ثبت بغير حكم حاكم ، فيزول من غير حكم ، كالحجر على المجنون . والوجه الآخر عند الشافعية : أنه يفتقر إلى الحاكم ؛ لأنه يحتاج إلى نظر واختبار كفك الحجر عن السفيه . ورأي الجمهور هو الأرجح لاتفاقه مع الواقع ، والتيسير .

وقال المالكية[3] : إما أن يكون الصغير ذكراً أو أنثى :

فإن كان **ذكراً** فهناك ثلاث حالات :

أحدها ـ أن يكون أبوه حياً : فإنه ينطلق من الحجر ببلوغه بدون حكم ، مالم يظهر منه سفه أو يحجره أبوه .

الثاني ـ أن يكون أبوه قد مات وعليه وصي : فلا ينطلق من الحجر إلا بالترشيد ، فإن كان وصيه مقدَّم الأب أي باختياره (وهو الوصي المختار) : فله أن يرشده من غير إذن القاضي ؛ لأنه ثبت عليه الحجر بالأصالة من غير فرض من أحد ، فلا يحتاج رفعه لحكم القاضي . وإن كان وصي القاضي ليس له ترشيده إلا بإذن

---

(١) المهذب : ٣٣١/١ ، مغني المحتاج : ١٦٦/٢ ، ١٧٠ ، المغني : ٤٥٧/٤ ، البدائع : ١٥٤/٥ و١٧٠/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ١٩٥/٥ ، بداية المجتهد : ٢٧٧/٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الشرح الكبير والدسوقي : ٢٩٦/٣ ـ ٢٩٨ ، الشرح الصغير : ٣٨٣/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٧٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢١ .

القـاضي كما ذكر ابن جزي ، وأمـا مـا قرره الـدردير وهو الراجح فهو أن الوصي سـواء أكان وصي الأب أم وصي القاضي لا يحتـاج في ترشيـده لإذن القـاضي . والترشيـد بـأن يقـول الـوصي أمـام العـدول : اشهـدوا أني فككت الحجر عن فـلان ، وأطلقت لـه التصرف ، لما ثبت عندي من رشده وحسن تصرفه . وللقـاضي ترشيـد المحجور مطلقـاً إذا ثبت عنده رشده .

الثالث ـ أن يبلغ الصغير ، وليس له أب ولا وصي ، وهو المُهْمل : فهو محمول على الرشد إلا أن يتبين سفهه .

والخـلاصـة : أن الصبي ذا الأب أو الـوصي المختـار لا يحتـاج رفـع الحجر عنـه إلى حـاكم ، لكن ذو الأب لا يحتـاج إلى ترشيـد ، وذو الوصي يحتـاج إلى ترشيـد . وأمـا ذو الوصي المعين من القاضي ، فيحتـاج لحكم القـاضي في رأي ابن جزي ، ولا يحتـاج لإذن القاضي في رأي الدردير .

وأما **الأنثى** : فذات الأب لا ينفك الحجر عنها إذا لم يرشـدهـا أبوهـا إلا بـأمور أربعة : بلوغها ، وحسن تصرفها ، وشهادة العدول بذلك ، ودخول الزوج بهـا . وللأب ترشيدها قبل دخول الزوج بها بأن يقول لها : رشدتك ورفعت الحجر عنـك . فيرتفع الحجر عنها وتنفذ تصرفاتها ، ولو لم يشهد العدول بصلاح حالها .

وأما ذات الوصي (المختار أو المعين من القاضي) : فلا ينفك الحجر عنها إلا بأمور خمسة ، البلوغ ، وحسن تصرفها ، وشهادة البينـة بـذلـك ، ودخول الزوج بهـا ، وفـك الوصي حجرها بترشيدها ، ولا يحتاج في الفك لإذن الحـاكم ؛ أي أن الأنثى لا تحتـاج في رفع الحجر عنها إلى قضاء القاضي .

وعليه يكون مذهب المالكية قريباً من مذهب الجمهور ، إذ لا يحتـاج رفع الحجر عن الصغير لقضاء القاضي إلا إذا كان الصغير تحت ولايـة القـاضي ، فيحتـاج لترشيـد القاضي ، كما يحتاج ذو الوصي لترشيد الوصي .

والخلاصة : أن ما يرفع الحجر عن الصبي شيئان عند الجمهور غير الشافعية : هما إذن الولي إياه بالتجارة ، وبلوغه رشيداً . وعند الشافعية شيء واحد هو البلوغ .

ب ـ وإن بلغ الصغير غير رشيد ، لا تسلم إليه أمواله ، بل يحجر عليه بسبب السفه ، باتفاق المذاهب ، لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ .

إلا أن أبا حنيفة[1] قال : يستمر الحجر على البالغ غير الرشيد إلى بلوغه خمساً وعشرين سنة ، ثم يسلم إليه ماله ، ولو لم يرشد ؛ لأن في الحجر عليه بعد هذه السن إهداراً لكرامته الإنسانية ، ولقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده ﴾ وهذا قد بلغ أشده ، ويصلح أن يكون جَدّاً في هذه السن ، ولأن المنع عنه للتأديب ، ولا يتأدب بعدئذ غالباً ، فلا فائدة في المنع ، فلزم الدفع إليه .

وقال الصاحبان وباقي الأئمة[2] : إذا بلغ الولد غير رشيد ، لا يسلم إليه ماله ، ويستمر الحجر عليه ، حتى يؤنس رشده ، ولو بلغ الستين من عمره ، للآية السابقة ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ حيث شرط الله تعالى لدفع أموال اليتامى إليهم شرطين : البلوغ وايناس الرشد ، والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونها ، ولقوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ أي أموالهم .

ثالثاً ـ البلوغ : يحدث البلوغ إما بالأمارات الطبيعية أو بالسن . أما الأمارات أو العلامات الطبيعية ، فاختلفت المذاهب في تعدادها :

---

(١) البدائع : ١٧١/٧ ، تكملة الفتح : ٣١٦/٧ ، تبيين الحقائق : ١٩٥/٥ ، اللباب : ٦٩/٢

(٢) بداية المجتهد : ٢٧٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢١ ، الشرح الكبير : ٢٩٨/٣ ، المهذب : ٣٣١/١ ، مغني المحتاج : ١٦٦/٢ ، ١٧٠ ، المغني : ٤٥٧/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٤٤٠/٣

فقال الحنفية[1] : يعرف البلوغ في الغلام بالاحتلام ، وإنزال المني ، وإحبال المرأة . والمراد من الاحتلام هو خروج المني في نوم أو يقظة ، بجماع أو غيره . والدليل على كونه علامة البلوغ قوله تعالى : ﴿ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا ﴾ وخبر « رفع القلم عن ثلاث ، منها : عن الصبي حتى يحتلم[2] » وروى أبو داود عن علي ابن أبي طالب قال : حفظت عن رسول ﷺ : « لا يتم بعد الاحتلام » .

وإذا تحقق البلوغ بالاحتلام تحقق بالإنزال ؛ لأن الاحتلام سبب لنزول الماء عادة ، فعلق الحكم به . وكذا الإحبال ؛ لأنه لا يتحقق بدون الإنزال عادة .

ويعرف البلوغ في الأنثى بالحيض لخبر رواه الخمسة إلا النسائي : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار[3] » أو بالحبل لأن الحمل دليل على إنزال المرأة فيحكم ببلوغها منذ حملت . وأدنى مدة البلوغ للغلام اثنتا عشرة سنة ، وللأنثى تسع سنين ، وهو المختار عند الحنفية .

فإذا لم يحصل بلوغ طبيعي ، ثبت البلوغ بالسن ، فمتى بلغ الولد (ذكراً أو أنثى) سن الخامسة عشرة فقد بلغ الحلم على المفتى به ، وهو سن المراهقة .

وقال أبو حنيفة : يبلغ الغلام إذا أتم ثماني عشرة سنة ، والأنثى سبع عشرة سنة ؛ لأنه إنما يقع اليأس عن الاحتلام الذي علق الشرع الحكم به بهذه السن .

ومذهب المالكية[4] : علامات البلوغ الطبيعية سبعة ، خمسة منها مشتركة بين الجنسين ، واثنان مختصان بالأنثى . فالحيض والحبل خاص بالمرأة . وإنزال المني مطلقاً

---

(١) البدائع : ١٧١/٧ ، الدر المختار : ١٠٧/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٠٣/٥ ، تكملة الفتح : ٣٢٣/٧

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم عن عائشة بلفظ « وعن الصبي حتى يكبر » ورواه أحمد وأبو داود والحاكم عن علي وعمر بلفظ « وعن الصبي حتى يحتلم » (نصب الراية : ١٦١/٤ وما بعدها) .

(٣) وروى ابن خزيمة في صحيحه عن عائشة : « لا يقبل الله صلاة امرأة قد حاضت إلا بخمار » والحائض من بلغت سن الحيض . والخمار : ما يغطى به رأس المرأة . فدل ذلك على بدء تكليفها (نيل الأوطار : ٦٧/٢) .

(٤) الشرح الكبير : ٢٩٣/٣

في نوم أو يقظة ، وإنبات شعر العانة الخشن ، لا الزغب ، ونتن الإبط ، وفرق أرنبة الأنف ، وغلظ الصوت : مشترك بين الذكر والأنثى . ودليل حصول البلوغ بالإنبات : حديث الترمذي عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « اقتلوا شيوخ المشركين ، واستحيوا شَرْخهم ، والشرخ : الغلمان الذين لم يُنْبتوا » .

فإن لم يظهر شيء مما ذكر ، كان بلوغ الصغير بتمام ثماني عشرة سنة ، وقيل ، بالدخول فيها .

ومذهب الشافعية[1] : يحصل البلوغ إما باستكمال خمس عشرة سنة قمرية ، أو بخروج المني وقت إمكانه من ذكر أو أنثى ، ووقت إمكانه : استكمال تسع سنين ، أو بنبات شعر العانة الخشن الذي يحتاج في إزالته لنحو حلق . وأما نبات شعر الإبط واللحية ، فليس دليلاً للبلوغ لندورهما دون خمس عشرة سنة .

ويزيد على المذكور بالنسبة للمرأة : الحيض والحبل .

والخلاصة : أن البلوغ عندهم يحصل بخمسة أشياء : ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة ، وهي الإنزال والإنبات والسن . واثنان تختص بها المرأة وهما الحيض والحبل .

ودليلهم على تحديد السن بـ ١٥ سنة : خبر ابن عمر : « عرضت على النبي ﷺ يوم أحد ، وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني ، ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة ، فأجازني ، ورآني بلغت[2] » .

ومذهب الحنابلة[3] كالشافعية تماماً .

---

(١) مغني المحتاج : ١٦٦/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٣٠/١

(٢) رواه ابن حبان ، وأصله في الصحيحين وقد رواه الجماعة . وقال الشافعي : رد النبي ﷺ سبعة عشر من الصحابة ، وهم أبناء أربع عشرة ، لأنه لم يرهم بلغوا ، ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة ، فأجازهم ، منهم زيد بن ثابت ورافع بن خديج وابن عمر .

(٣) المغني : ٣٥٩/٤ ـ ٤٦١ ، كشاف القناع : ٤٣٢/٣

رابعاً ـ الرشد :

الرشد عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة)[1] : هو صلاح المال ولو كان فاسقاً أي توفر الخبرة في إدارة المال واستثماره وحفظه وإصلاحه ، وحسن التصرف به ، وتمييز النافع من الضار ، فلا ينفق ماله في غير مصلحة ، ولا يضيعه بالتبذير والإسراف ، لقوله تعالى : ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ قال ابن عباس : يعني صلاحاً في أموالهم . فمن كان مصلحاً لماله ، فقد وجد منه الرشد ، ولم يكن الحجر عليه إلا لحفظ ماله ، فكان المؤثر فيه ما أثر في تضييع المال ، أو حفظه .

وقال الشافعية[2] : الرشد صلاح الدين والمال ، فإصلاح الدين : ألا يرتكب من المعاصي ما يسقط به العدالة ، وإصلاح المال : أن يكون حافظاً لماله غير مبذر ، فلا يفعل محرماً يبطل العدالة : من كبيرة أو إصرار على صغيرة ، ولم تغلب طاعاته على معاصيه ، ولا يبذر بأن يضيع المال بغبن فاحش[3] في المعاملة ونحوها ، أو رميه في بحر ، أو إنفاقه في محرم . فإذا بلغ الصغير غير رشيد لاختلال صلاح الدين أو المال ، دام الحجر عليه ، فيتصرف في ماله من كان يتصرف فيه قبل بلوغه .

والأصح عندهم أن صرفه في الصدقة ووجوه الخير والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير .

ويختبر الولي رشد الصبي في الدين والمال ، لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أي اختبروهم . أما في الدين فمشاهدة حاله في العبادات ، وتجنب المحظورات ، وتوقي الشبهات ، ومخالطة أهل الخير .

وأما اختباره في المال فبحسب أمثاله ، فيختبر ولد التاجر بالبيع والشراء ،

---

(١) البدائع : ١٧٠/٧ ، الدر المختار : ١٠٥/٥ ، بداية المجتهد : ٢٧٨/٢ ، المغني : ٤٦٧/٤ ، كشاف القناع : ٤٣٣/٣

(٢) مغني المحتاج : ١٦٨/٢ ، ١٧٠ ، المهذب : ٣٣١/١

(٣) وهو مالا يحتمل غالباً . أما الغبن اليسير فمثل بيع ما يساوي عشرة بتسعة ، وهذا إذا كان جاهلاً بالمعاملة .

والمماكسة فيها أي طلب النقصان عما طلبه البائع ، وطلب الزيادة على ما يبذله المشتري . ويختبر ولد الزارع بالزراعة ، والنفقة على العمال فيها ، ويختبر المحترف بما يتعلق بحرفة أبيه وأقاربه . وتختبر المرأة بما يتعلق بالغزل والقطن حفظاً وحياكة وغيرها .

ويشترط تكرر الاختبار مرتين أو أكثر ، قبل البلوغ . وقيل : بعده .

خامساً ـ ولي المحجور عليه :

الولي : هو صاحب السلطة الشرعية التي يتمكن بها صاحبها من التصرف في مال غيره من غير توقف على إجازة أحد . وقد اتفق أئمة المذاهب على أن ولي المحجور عليه صبياً أو غيره في الأموال هو الأب إن كان موجوداً ، ولم يكن مجنوناً أو محجوراً عليه ، واختلفوا في غير الأب .

قال الحنفية[1] : الولي الذي له حق التصرف في مال المحجور عليه : هو أبو الصبي ، ثم وصيه بعد موته ، ثم وصي وصيه ، ثم جده (أبو أبيه) ، ثم وصي جده ثم وصي وصيه ، ثم الوالي ، ثم القاضي أو وصي القاضي . وهذا الترتيب مبني على درجة الشفقة ، فشفقة الأب فوق شفقة الكل ، وشفقة وصيه فوق شفقة الجد ؛ لأنه مرضي الأب ومختاره ، وشفقة الجد فوق شفقة القاضي ، لوجود القرابة .

وما عدا المذكور من العَصَبة كالأخ أو العم ، أو غيرهما كالأم ووصيها فليس لهم الإشراف على أموال المحجور عليه ، ولا يملكون الإذن للقاصر بالتجارة . وهذا الترتيب للأولياء هو في شأن المال ، أما في قضايا الزواج فللأولياء ترتيب آخر .

وقال المالكية[2] : الولي على المحجور عليه من صغير أو سفيه لم يطرأ عليه السفه

(١) الدر المختار : ١٢٢/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٢٠/٥ ، البدائع : ١٥٥/٥

(٢) الشرح الكبير : ٢٩٩/٣ ، الشرح الصغير : ٣٨٩/٣ وما بعدها .

بعد بلوغه[1] : هو الأب الرشيد ، ثم لوصيه ، ثم للحاكم ، فإن لم يكن حاكم فالولاية لجماعة المسلمين . فلا تثبت الولاية المالية للجد والأخ والعم إلا بايصاء الأب .

وقال الشافعية[2] : ولي الصبي : أبوه ، ثم جده ، ثم وصي من تأخر موته من الأب أو الجد ، ثم القاضي أو نائبه ، لخبر « السلطان ولي من لا ولي له »[3] . ولا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم ، كما لا ولاية للأم في الأصح : ولاية مال أو ولاية نكاح . وإني مع هذا الرأي إذ لا أكاد أصدق أن عاطفة وصي الأب غير القريب أولى من الجد ، فرابطة الدم والقرابة أشد باعثاً على الرعاية والحفظ والاهتمام بشؤون القصر .

وقال الحنابلة[4] كالمالكية تماماً : تثبت الولاية على الصبي والمجنون للأب ، ثم لوصيه بعده ، ثم للحاكم . لكن إن جدد الحجر على الشخص بعد بلوغه ، فالولاية عليه للحاكم ؛ لأن الحجر يفتقر إلى حكم حاكم ، وزواله يفتقر إليه ، فكذلك النظر في ماله .

سادساً ـ تصرفات ولي القاصر :

اتفق الفقهاء على أن الولي يتصرف وجوباً في مال الصبي القاصر بالمصلحة وعدم الضرر لقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾ وقوله سبحانه : ﴿ وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ﴾ كما أنهم اتفقوا على أن الغني لا يأكل من مال اليتيم ، وللفقير أن يأكل بالمعروف من غير إسراف لقوله تعالى : ﴿ ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾ وروى الشيخان عن عائشة أنها نزلت في ولي اليتيم إذا كان فقيراً أنه يأكل منه مكان قيامه عليه بالمعروف . وروي أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال : ليس لي مال ، ولي

---

(١) أما لو طرأ عليه السفه بعد البلوغ فالحجر عليه للحاكم ، لا للأب .

(٢) مغني المحتاج : ١٧٣/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٢٨/١

(٣) رواه الترمذي وحسنه ، والحاكم وصححه .

(٤) المغني : ٤٧١/٤ ، كشاف القناع : ٤٣٤/٣ .

يتيم ، فقال عليه الصلاة والسلام : « كل من مال يتيمك غير مُسْرف ، ولا مُبذِّر ، ولا مُتأثِّل مالاً ، ولا تقِ مالك بماله »[1] .

وتفصيل المذاهب في تحقيق المصلحة كما يأتي :

قال الحنفية[2] : لا يملك الولي شيئاً من التبرعات ومن مال الصغير لأن ذلك ضرر محض ، فلا يقرض ماله ولا يوصي به ، ولا يتصدق بماله ، ولا يطلق امرأته ، ولا يهب شيئاً من ماله من غير عوض ، كما ليس له أن يهب بعوض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأن الهبة بعوض هبة ابتداء ، وإنما تصير معاوضة انتهاء ، وهو لا يملك الهبة . وتجوز الهبة بعوض عند محمد لأنها في معنى البيع .

لكن للقاضي إقراض مال اليتيم ، لأنه من باب حفظ الدين . وللولي أن يقبل الهبة والصدقة والوصية للصغير ، لأن التصرف نفع محض ، فيملكه الولي ، وقال عليه الصلاة والسلام : « خير الناس أنفعهم للناس »[3] .

وللولي إعارة مال القاصر استحساناً ، وإيداعه ، ورهنه بدين القاصر ؛ لأن التصرف من توابع التجارة ، وهو يملكها ، كما له أن يرهن مال القاصر بدين للولي نفسه ؛ لأن عين المرهون تحت يد المرتهن ، إلا أنه إذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤدياً منه دين نفسه .

وللولي أن يبيع مال القاصر بأكثر من قيمته ، ويشتري له شيئاً بأقل من قيمته لأنه نفع محض له . كما له أن يبيعه بمثل قيمته ، وبأقل من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة .

---

(١) رواه أبو داود والنسائي وأحمد وابن ماجه عن عبد الله بن عمرو . ومعنى « غير متأثل مالاً » أي غير جامع . يقال : مال مؤثل ، ومجد مؤثل : أي مجموع ذو أصل (نيل الأوطار : ٢٥١/٥) .

(٢) البدائع : ١٥٣/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٩٩/٨ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ٤٠٨ .

(٣) رواه القضاعي عن جابر بن عبد الله ، وهو حديث حسن .

وله أن يؤاجر نفس القاصر وماله بأكثر من أجر مثله، أو بأجر مثلـه، أو بـأقل منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة. وله أن يستأجر للقاصر شيئاً بـأقل من أجر المثل أو بأجر المثل، أو بأكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة. وفي حـالـة إجـارة نفس القاصر إذا بلغ، لـه الخيـار: إن شـاء أمضـاهـا، وإن شـاء أبطلهـا، دفعـاً للإضرار، ولا خيار له في إجارة المال؛ لأن الأب يملك ذلك بحسب المصلحة، وينفذ تصرفه.

وللولي أن يسـافر بمـال الصغير، وأن يضـارب بـه، وأن يوكل بـالبيع والشراء، والإجـارة والاستئجـار؛ لأن هـذه التصرفـات من تـوابـع التجـارة، وكل من ملـك التجارة، ملك ماهو من توابعها.

وأما بيع عقار القـاصر: فيجوز للولي العـدل (محمود السيرة بين النـاس أو مستور الحال) أن يبيعه بمثل القيمة فأكثر، ولا يجوز بيعه للوصي إلا للضرورة كبيعه لتسديد دين لا وفاء له إلا بهذا المبيع. وهذا هو المفتى به. وينفذ بيع الوصي بإجازة القـاضي، وله رده إذا كان خيراً.

ويجوز للأب أو الجـد أن يشتري مـال الصغير لنفسـه، أو يبيـع مـال نفسـه من الصغير، بمثل قيمته أو بأقل مما يتغابن فيه عادة. ولا يجوز بغبن فاحش. وينفذ البيع إذا أجازه القاضي، وللقاضي نقض البيع إذا رأى ذلك خيراً للصبي.

ولا يجوز الشراء أو البيع للوصي عند محمد. ويجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان البيع للوصي أو الشراء منـه خيراً لليتيم، وإلا فلا يجوز. وفسرت الخيريـة: بـأن تزيد السلعة التي يشتريها الوصي من الصغير بمقـدار الثلث عن مثلهـا إذا اشتراهـا من غيره، فلو كان يشتريهـا بعشرة من أجنبي (غير الصغير)، فـإنـه يلزم أن يشتريهـا من الصغير بخمسة عشر.

وقال المـالكيـة[1]: يتصرف الولي في مـال الصغير بـالمصلحـة، فللأب بيع مـال

(١) الشرح الكبير: ٢٩٩/٣، ٣٠٢ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣٩٠/٣، ٣٩٣ ـ ٣٩٥.

ولده المحجور عليه مطلقاً ، عقاراً أو منقولاً ، ولا يتعقب بحال ، ولا يطلب منه بيان سبب البيع ؛ لأن تصرفه محمول على المصلحة . وله أيضاً هبة الثواب (أي بعوض) .

أما الوصي فلا يبيع عقار محجوره إلا لسبب يقتضي بيعه ، كما ليس له هبة الثواب من مال محجوره إلا لضرورة ، لأنه إذا هلك الموهوب ، لم يلزم إلا قيمته يوم الهلاك ، ومن الجائز أن تنقص قيمته يوم الهلاك عن قيمته يوم الهبة ، وهذا ضرر باليتيم .

كذلك يبيع الحاكم كالوصي مال المحجور عند الضرورة كالنفقة ووفاء الدين ونحوهما . فيكون هذا المذهب كالحنفية من حيث المبدأ .

وذكر المالكية أحد عشر سبباً لجواز بيع عقار القاصر من وصي أو حاكم للضرورة وهي :

١ ـ الحاجة البينة للبيع كنفقة أو وفاء دين لا قضاء له إلا من ثمنه .

٢ ـ الخوف عليه من ظالم يأخذه منه غصباً ، أو يعتدي على ريعه ولم يستطع رده .

٣ ـ المصلحة الظاهرة (الغبطة) : بأن يبيعه بزيادة الثلث على ثمن المثل فأكثر .

٤ ـ أن يكون موظفاً عليه ضريبة ظالمة ، فيباع ليشترى له ما لا توظيف عليه إلا أن يكون الأول أكثر ريعاً .

٥ ـ أن يكون حصته مع شريك ، فيباع ليشترى له عقار مستقل لا شركة فيه تخلصاً من ضرر الشركة .

٦ ـ أن يكون ريعه قليلاً أو لا ريع له أصلاً ، فيباع ليستبدل له مافيه ريع أكثر .

٧ ـ أن يكون العقار بين جيران سوء في الدين أو الدنيا ، أو لكونه بين جيران ذميين ، فيباع ليستبدل به عقار بين جيران صالحين .

٨ ـ أن يكون مشتركاً غير قابل القسمة ، فيبيع شريكه حصته ، فيباع مع بيع شريكه .

٩ ـ أن يخاف خرابه ، ولا مال للمحجور عليه يعمر به إذا خرب ، فيباع .

١٠ ـ أن يخاف خرابه ، وله مال يعمر به ، ولكن بيعه أولى من تعميره .

١١ ـ أن يصبح المنزل منفرداً في مكان لانتقال العمارة عنه .

وقال الشافعية[١] : يتصرف الولي للقاصر بالمصلحة وجوباً ، فيحفظ ماله عن أسباب التلف ، ويستثمره ويتجر له في ماله ، حتى لا تأكله المؤن من نفقة وغيرها ، لقول النبي ﷺ : « من ولي يتيماً ، وله مال فليتجر له بماله ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة »[٢] ، ويبني له داره بأمتن مواد البناء عند الإمكان . ويشتري له العقار إذا حصل من ريعه الكفاية لأنه يبقى وينتفع بغلته ، هذا إذا لم يخف جوراً من سلطان أو غيره ، أو خراباً للعقار . وله أن يسافر بمال الصبي والمجنون وقت الأمن إذا اقتضت المصلحة السفر به ، ولا يشتري له ما يسرع فساده ، وإن كان مربحاً .

ولا يبيع عقاره إلا في موضعين : أحدهما لحاجة كنفقة وكسوة بأن لم تف غلة العقار بها ، ولم يجد من يقرضه ، أو لم ير المصلحة في الاقتراض ، أو خاف خرابه ، والثاني ـ لمصلحة (غبطة) ظاهرة ، كأن يرغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن مثله ، وهو يجد مثله ببعضه ، أو خيراً منه بكله ، أو يكون ثقيل الخراج ، أي المغارم والضرائب مع قلة ريعه .

---

(١) مغني المحتاج : ١٧٤/٢ ـ ١٧٦ ، المهذب : ١ / ٣٢٨ ـ ٣٣٠ .

(٢) رواه الترمذي عن عبد الله بن عمرو بن العاص .

وله بيع مال القاصر مبادلة بعرض آخر، ونسيئة (مؤجلة) للمصلحة التي يراها فيهما، كأن يكون في الأول ربح، وفي الثاني زيادة لائقة، أو خاف عليه من نهب أو إغارة. وإذا باع نسيئة أشهد على البيع وجوباً وارتهن بالثمن رهناً وافياً به. ويشترط أن يكون المشتري موسراً ثقة، والأجل قصيراً عرفاً، احتياطاً للمحجور عليه، فإن لم يفعل ذلك، ضمن، وبطل البيع على الأصح. ولا يودع ماله، ولا يقرضه من غير حاجة؛ لأنه يخرجه من يده. ويزكي ماله وجوباً، لأن الولي قائم مقام القاصر، وينفق عليه بالمعروف في طعام وكسوة مما لابد منه، بما يليق به في إعساره ويساره، فإن قتَّر أثم، وإن أسرف أثم وضمن.

فإن ادعى الصغير بعد بلوغه على الأب والجد بيعاً لماله، ولو عقاراً، بلا مصلحة، صدق الأب والجد باليمين؛ لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما. وإن ادعاه على الوصي أو أمين القاضي، صدق الولد للتهمة في حقهما. وإن أراد الولي أن يبيع مال القاصر بماله: فإن كان أباً أو جداً جاز البيع؛ لأنهما لا يتهمان فيه، لكمال شفقتهما، وإن كان غيرهما لم يجز، لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يشتري الوصي من مال اليتيم»[1] ولأنه متهم بمراعاة مصلحته في بيع مال القاصر من نفسه.

وقال الحنابلة[2] كالشافعية تقريباً: لا يجوز لولي الصغير والمجنون أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ (المصلحة) لهما، لقوله تعالى: ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ﴾.

فإن تبرع بهبة أو صدقة، أو حابى بأن اشترى بزيادة، أو باع بنقصان، أو زاد على النفقة عليهما بالمعروف، ضمن؛ لأنه مفرط، كتصرفه في مال غيرهما. وللولي الإنفاق عليهما من مالهما بغير إذن الحاكم.

---

(١) رواه الطبراني، ورجاله رجال الصحيح عن صلة بن زفر عن ابن مسعود من قوله (مجمع الزوائد: ٢١٤/٤).

(٢) كشاف القناع: ٤٣٥/٣ ـ ٤٣٩.

ولا يصح للولي أو الوصي أو الحاكم أن يشتري من مال الصغير والمجنون شيئاً لنفسه، أو يبيعهما شيئاً من نفسه، أو يرتهن من مالهما لنفسه؛ لأنها مظنة التهمة، إلا الأب لوفور شفقته، وسعيه في مصلحة ابنه، فلا يفعل إلا ما فيه حظه، بخلاف غيره.

ويجب على الولي إخراج زكاة مالهما من مالهما.

ولا يصح إقرار الولي عليهما بمال ولا إتلاف ونحوه؛ لأنه إقرار على الغير.

وللولي السفر بمالهما لتجارة وغيرها في مواضع الأمن وغلبة السلامة؛ لأنه أحظ لهما.

وللولي التجارة بالمال بنفسه ولا أجرة له، والربح كله للمولى عليه؛ لأنه نماء ماله، والتجارة بمالهما أولى من تركها، لقول عمر وغيره: «اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة». وللولي دفع المال مضاربة إلى أمين يتجر فيه بجزء من الربح، وله إبضاعه أي دفع مالهما إلى من يتجر به، والربح كله للمولى عليه.

وله بيعه نسيئاً لمليٍّ، وله قرضه لمصلحة فيهما، بأن يكون الثمن المؤجل أكثر مما يباع به حالاً، وذلك لحاجة سفر أو خوف على المال من نهب أو غرق أو غيرهما، ولو بلا رهن ولا كفيل به. فإن ضاع المال أو تلف بسبب ترك الرهن والكفيل لم يضمن الولي؛ لأن الظاهر السلامة.

وله إيداع مال المولى عليه لثقة، أو قرضه لمليء أمين، لمصلحة فيه؛ لأنه أحفظ له، ولا ضمان على الولي إن تلف لعدم تفريطه. ولا يقرض وصي ولا حاكم منه شيئاً لنفسه، كما لا يشتري من نفسه، ولا يبيع لنفسه للتهمة، أما الأب فيجوز له لعدم التهمة، كما بينا.

وله هبة المال بعوض قدر قيمته فأكثر، أما بدونها فمحاباة لا تصح. وله رهنه عند ثقة لحاجة.

وللولي شراء العقار للمولى عليه ليستغل، وله أيضاً بناؤه بما جرت به عادة أهل بلده.

وله تعليمه الخط والرماية والأدب وما ينفعه، وأداء الأجرة عنه من مال المولى عليه؛ لأنه لمصلحته، وله تسليمه للعمل في صناعة، ومداواته لمصلحة بلا إذن حاكم.

وللولي بيع عقار المولى عليه لمصلحة، ولو لم يحصل زيادة على ثمن مثله. وأنواع المصلحة كثيرة منها:

- الحاجة إلى نفقة أو كسوة أو قضاء دين ونحوها مما لا بد منه للصغير أو المجنون إذا لم يكن لهما ما تندفع به الحاجة سوى المبيع.

- أن يخاف على العقار الهلاك بغرق أو حرق أو خراب، ونحوها.

- أن يكون في بيع العقار صفقة رابحة للقاصر، كأن يباع بزيادة كثيرة على ثمن مثله، ولا يتقيد بالثلث.

- أن يكون العقار في مكان لا ينتفع به، كأن يكون في حي غير عامر، أو قليل النفع، فيبيعه ليشتري له عقاراً في مكان آهل بالسكان، أو أكثر نفعاً.

- أن يرى الولي شيئاً يباع بسعر رخيص، لا يمكن شراؤه إلا ببيع العقار.

- أن يكون العقار في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيه، كسوء الجوار أو غيره. ونحوه مما لا ينحصر مما يكون فيه مصلحة. ولا يباع إلا بثمن المثل.

سابعاً - الإذن للقاصر في التصرفات:

الإذن في اللغة: الإعلام، ومنه الأذان؛ لأنه إعلام بوقت الصلاة، قال تعالى: ﴿ وأذان من الله ورسوله إلى الناس يوم الحج الأكبر ﴾ أي إعلام. وقال تعالى: ﴿ وأذن في الناس بالحج ﴾ أي أعلمهم به.

وفي الشرع : الإذن : فك الحجر في التجارة ، وإطلاق التصرف ، وإسقاط الولي حق المنع من التصرف للقاصر.

واتفق الفقهاء على اختبار المميز في التصرفات ، لمعرفة رشده ، لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أي اختبروهم . واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله . فإن كان من أولاد التجار ، اختبر بالمماكسة في البيع والشراء ، وإن كان من أولاد الزراع اختبر بالزراعة ، وإن كان من أولاد أصحاب الحرف اختبر بالحرفة . والمرأة تختبر في شؤون البيت من غزل وطهي طعام وصيانته وشراء لوازم البيت ، ونحوها[1] .

واختلفوا في إذن الولي للقاصر بالتجارة وفي أثر الإذن على التصرفات :

١ ـ فقال الشافعية[2] : لا يجوز الإذن له في التجارة ، وإنما يسلم إليه المال ، ويمتحن في المماكسة ، فإذا أراد العقد عقد الولي ؛ لأن تصرفاته وعقوده باطلة لعدم توافر العقل الكافي لتقدير المصلحة في مباشرة التصرف ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود مظنة كمال العقل . لكن يختبر السفيه ، فإذا ظهر رشده عقد ؛ لأنه مكلف .

٢ ـ وقال الحنفية ، والمالكية في المعتمد عندهم ، والحنابلة في الرواية الراجحة[3] : يجوز للولي المالي الإذن للقاصر في التجارة إذا أنس منه الخبرة ، لتدريبه على طرق المكاسب ، لقوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ أي اختبروهم لتعلموا رشدهم . وإنما يتحقق الاختبار بتفويض التصرف إليهم في البيع والشراء ، ولأن المميز عاقل محجور عليه ، فيرتفع حجره بإذن وليه ، ويصح تصرفه بهذا الإذن ، فلو تصرف بلا إذن لم

---

(١) المغني : ٤٦٨/٤ .

(٢) مغني المحتاج : ١٧٠/٢ .

(٣) الدر المختار : ١٠٨/٥ ـ ١١١ ، تبيين الحقائق : ٢٠٣/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٩٤/٧ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٩٤/٣ ، ٣٠٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣٨٤/٣ ، ٣٩٦ ، المغني : ٤٦٨/٤ ، كشاف القناع : ٤٤٥/٣ .

يصح عند الحنابلة ، ولم ينفذ عند المالكية والحنفية . وهذا الرأي هو الأرجح والمعقول ، لاتفاقه مع طبيعة التدريب على التصرفات .

والإذن عند الحنفية والمالكية قد يكون صريحاً ، مثل أذنت لك في التجارة ، أو دلالة ، كما لو رآه يبيع ويشتري ، فسكت ؛ لأن سكوته دليل الرضا ، ولو لم يعتبر سكوته ، لأدى إلى الإضرار بمن يعاملونه .

وقال الحنابلة وزفر من الحنفية : لا يثبت الإذن بالدلالة ، لأن سكوته محتمل للرضا ، ولعدم الرضا .

وأما **أثر الإذن** : فقال الحنفية : الإذن فك الحجر لا توكيل ، فيكون عاماً ، وإن قيده بنوع خاص ، فلا يتوقت ولا يتخصص بنوع ولا بمكان ؛ لأنه إسقاط ، والإسقاطات لا تقبل التقييد . فإذا أذن الولي في التجارة ، نفذت جميع تصرفات المأذون التي تحتمل النفع والضرر ، فله أن يبيع ويشتري ويضارب ويرهن ويسترهن ، ويؤجر ويستأجر . وليس له أن يهب أو يتصدق أو يقرض أو يتكفل ، لأن التصرف تبرع ، وليس تجارة ولا من مستلزمات التجارة .

ويجوز للمأذون عند أبي حنيفة أن يتصرف بغبن فاحش ؛ لأنه أصبح بالإذن كامل الأهلية ، ولكامل الأهلية التصرف بشؤون التجارة ولو بغبن فاحش .

وقال الصاحبان : لا يجوز تصرفه بغبن فاحش ؛ لأن الزيادة الناجمة عن الغبن بمنزلة التبرع ، وهو لا يملكه . وهذا في تقديري أولى لأن هذا التصرف مشتمل على ضرر له ، وهو لا يملك التصرف الضار .

ومذهب المالكية في نفاذ تصرفات المأذون في المعاوضات المالية دون التبرعات هو كالحنفية ، إلا أنهم قالوا كالصاحبين : لا ينفذ التصرف المشتمل على غبن فاحش .

ومذهب الحنابلة : أن الإذن بمثابة التوكيل ، فلا ينفك الحجر بالإذن إلا فيما

أذن له فيه وليه فقط ، فإذا أذن الولي في التجارة في مئة ، لم يصح تصرف المأذون فيما زاد عليها ، وإذا أذن في نوع من التجارة ، يتقيد فيه فقط ؛ لأن تصرفه جاز بالإذن ، فيزول الحجر عنه ويتقيد فيما أذن له فيه . لكن المأذون في التجارة من مميز ونحوه كمضارب في البيع ، له البيع نسيئة أو بعرض (متاع) ، لا كوكيل ؛ لأن الغرض هنا الربح كالمضاربة .

ويصح إقرار المميز المأذون بقدر ما أذن له فيه ؛ لأن الحجر انفك عنه فيه ، وليس له التوكيل فيما أذن له فيه .

المطلب الثاني ـ أثر الحجر في تصرفات المجنون :

المجنون : هو من زال عقله . فإن استمر جنونه في جميع الأوقات ، كان جنوناً مُطْبِقاً ، وإذا ذهب عقله في وقت ، وأفاق في وقت ، كان جنونه متقطعاً .

ففي وقت الجنون يكون المجنون كالصبي غير المميز ، تنسلب عنه الولايات الثابتة بالشرع كولاية الزواج ، أو الثابتة بالتفويض كالإيصاء والقضاء ، وتبطل أقواله في الدين والدنيا كالإسلام والمعاملات ، لعدم قصده .

فلا تعتبر تبرعاته كالصدقة والهبة ، وتبطل جميع عقوده وتصرفاته كالبيع والشراء وإقراراته وطلاقه ؛ لأنه فاقد الأهلية . وتعتبر أفعاله كالإحبال وإتلاف مال غيره ، فينسب الولد له ، ويضمن جنايته على نفس أو طرف أو جرح ، فيلتزم بأرش (تعويض) الجناية .

وأما في وقت الإفاقة التامة بحيث يكون المصاب كامل العقل والتمييز فتعتبر تصرفاته صحيحة نافذة . فإن كانت إفاقته غير تامة ، بأن كان يعقل بعض الأشياء دون بعض ، فتعد تصرفاته كالمميز موقوفة على إجازة وليه إذا كانت محتملة الضرر والنفع ، وتبطل إذا كانت ضارة ، وتنفذ إذا كانت نافعة . وهذا عند الحنفية والمالكية .

المطلب الثالث ـ أثر الحجر في تصرفات المعتوه :

المعتوه : هو من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير لاضطراب عقله ، سواء من أصل الخلقة ، أو لمرض طارئ .

فإن كان العته شديداً ، والمعتوه غير مميز ، فهو كالمجنون والصغير غير المميز ، تكون تصرفاته كلها باطلة . وقد ألحقت كتب الفقهاء العتة بالجنون[1] .

وإن كان العته خفيفاً ، والمعتوه مميزاً ، فتصرفه الضار عند الحنفية والمالكية يكون باطلاً ، والنافع يكون صحيحاً ، والدائر بين النفع والضرر يكون موقوفاً على إجازة وليه ، فهو كالصبي المميز[2] .

المطلب الرابع ـ أثر الحجر على السفيه :

يحجر على السفيه باتفاق المذاهب ، كما يحجر على الصبي والمجنون ، والحجر على السفيه هو المفتى به والمختار في المذهب الحنفي .

والسفيه : هو من يبذر ماله ، ويصرفه في غير موضعه الصحيح ، بما لا يتفق مع الحكمة والشرع . وفسر المالكية[3] السفه : بصرف المال في معصية كخمر وقمار (اللعب بالدراهم على أن من غلب صاحبه فله من المعلوم كذا ، وهو محرم إجماعاً) أو بصرفه في معاملة من بيع أو شراء بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة (من غير مبالاة) أو صرفه في شهوات نفسانية على خلاف عادة مثله في مأكله ومشربه وملبوسه ومركوبه

---

(١) البدائع : ١٧٠/٧ ، تبيين الحقائق : ١٩١/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣١٠/٧ ـ ٣١٣ ، الدر المختار : ١٠٠/٥ وما بعدها ، اللباب : ٦٦/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٢٩٢/٣ ، الشرح الصغير : ٣٨٢/٣ ، ٣٨٨ ، مغني المحتاج : ١٦٥/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٢٨/١ ، كشاف القناع : ٤٣٠/٣ وما بعدها .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ١٠٠/٥ ، تكملة الفتح : ٣١١/٧

(٣) الشرح الصغير : ٣٩٣/٣

ونحوها ، أو بإتلافه هَدَراً ، كأن يطرحه على الأرض أو يرميه في بحر ونحوه .

وقد اختلفت المذاهب في تعريفه وفي أحكامه

١ ـ مذهب الحنفية[1] : السفه : هو تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل ، ولو في الخير ، كأن يصرفه في بناء المساجد ونحوها . والتبذير كالإسراف في النفقة ، وأن يتصرف تصرفات لا لغرض ، أو لغرض لا يعده العقلاء المتدينون غرضاً كدفع المال إلى المغنين ، والغبن في التجارات من غير محمدة[2] .

والسفيه : الخفيف العقل ، المتلف لماله فيما لا غرض له فيه ، ولا مصلحة . وحكمه مختلف فيه ، فقال أبو حنيفة : لا يحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه والدَّيْن والفسق والغفلة . فلا يحجر على السفيه ويظل تصرفه في ماله جائزاً ، وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة ؛ لأن في سلب ولايته على ماله إهدار آدميته ، وإلحاقه بالبهائم ، وهو أشد ضرراً من التبذير ، فلا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الأدنى . قال تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ، ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ﴾ والمراد به بعد البلوغ[3] .

لكن إذا بلغ الغلام غير رشيد لإصلاح ماله ، لم يسلم إليه ماله في أوائل بلوغه ، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة . وإن تصرف في ماله بعد البلوغ قبل أن يبلغ تلك السن ، نفذ تصرفه ، لوجود الأهلية ، وإذا بلغ خمساً وعشرين سنة ، سلم إليه ماله ، وإن لم يؤنس منه الرشد ؛ لأن المنع عنه للتأديب ، ولا يتأدب بعد هذه السن غالباً ، فقد يصير جَدّاً في هذه السن ، فلا فائدة في المنع . وهذا كله غير المفتى به .

---

(١) البدائع : ١٦٩/٧ ، ١٧١ ،الدر المختار ورد المحتار : ١٠٢/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ١٩٥/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣١٠/٧ وما بعدها ، اللباب : ٦٨/٢ وما بعدها .

(٢) التسامح في التصرفات من حيث الأصل ، والبر والإحسان مشروع ، إلا أن الإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب ، قال تعالى : ﴿ والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ﴾

(٣) لكن يلاحظ أن هذه الآية مقيدة بآية : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾

وقال الصاحبان : يحجر على السفيه والمدين والمغفل ، ولا يحجر على الفاسق . وبقولهما يفتى صيانة لمال السفيه والمغفل ، ورعاية لمصلحة الدائنين الغرماء . ودليل الصاحبين وأئمة المذاهب الأخرى على جواز الحجر على السفيه : قوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً ﴾ فقد نهى الله الأولياء عن إعطاء السفهاء أموالهم ، مما يدل على منعهم من التصرف ، إذ لو أبيح لهم التصرف ، لأمكنهم إتلاف أموالهم ، وهي في يد أوليائهم ، فلا يكون لمنع المال عنهم فائدة . وقال النبي ﷺ فيما يرويه الطبراني بإسناد صحيح : « خذوا على يد سفهائكم »

ثم إن في الحجر على السفيه رعاية لمصلحته ، ودفع الضرر عنه بحفظ ماله وعدم وقوعه في الحاجة والفقر ، كما أن فيه رعاية المصلحة العامة بدفع الضرر عن الناس الذين يعاملونه ، حتى لا يصبح الشخص عالة على المجتمع ، ومنعاً من إلحاق الضرر بالأموال ، ودفع الضرر واجب شرعاً لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار »[1]

وبناء على قول الصاحبين المفتى به : حكم السفيه المحجور عليه كحكم الصبي المميز ، في التصرفات التي تحتمل الفسخ كالبيع والشراء ، تصح موقوفة على إجازة القيم عليه . فإن باع بعد الحجر لم ينفذ بيعه ، وإن كان في بيعه مصلحة ، أجازه الحاكم .

أما التصرفات التي لا تحتمل الفسخ كالزواج والطلاق ، فتصح منه ، فإن تزوج امرأة أو أربع نسوة ، جاز نكاحه ؛ لأنه من حوائجه الأصلية ، ولأنه لا يبطله الهزل . ثم إن سمى لها مقدار مهر مثلها ، جاز ، وإن زاد على مهر المثل ، بطل الزائد ؛ لأنه لا ضرورة فيه . ولو طلقها قبل الدخول ، وجب نصف المهر المسمى .

---

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري ، ورواه مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ . وله طرق يقوي بعضها بعضاً .

وتصح وصيته بمقدار الثلث من مالـه ، بشرط أن تكون الوصيـة لجهـة خيريـة كالإنفاق على الفقراء ، أو بناء المساجد أو المشافي أو المدارس ؛ لأن الوصية لا تنفـذ إلا بعد وفاته .

ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص ، ولا يصح إقراره بالمال بعـد الحجر عليه .

وتجب عليـه نفقـة أولاده وزوجتـه ومن تجب عليـه نفقتـه من ذوي أرحـامـه ، وتخرج زكاة ماله ؛ لأن السفه لا يبطل حقوق الناس .

وتصح منه عباداته ، ومنهـا الحج المفروض عليـه ، لكن لا يسلم القـاضي النفقـة إليه ، وإنما يسلمها إلى ثقة من الحجاج ، ينفقها عليه في طريق الحج ، كيلا يتلفهـا في غير الحج .

ويلاحظ أنه لا يثبت الحجر على السفيه أو المـدين إلا بقضـاء القـاضي ، بخلاف الصغر والجنون والعته .

٢ ـ مذهب المالكية[١] : السفيه هو المبذر لماله إما لإنفاقه باتباعه لشهوتـه ، وإمـا لقلة معرفته بمصالحه وإن كان صالحاً في دينه . والسفه : صرف المال في غير ما يراد لـه شرعاً . والحجر على السفيه من حقوق الأب إذا كان السفه قريبـاً من البلوغ كالصبي ، فإن كان طروء السفه بعد البلوغ بأكثر من عام ، فلا بد من حكم الحاكم بالحجر عليه .

وحكم تصرفاتـه مـا يـأتي : ينفـذ على الراجح قبل الحجر تصرف السفيـه الـذكر البالغ الذي لا ولي له ولا قيِّم عليه (ويسمى المُهْمَل) المحقق السفه ، بـدون إجـازة من أحـد ، ولو تصرف بغير عوض ، سواء أكان سفهـه أصليـاً (أي حـدث قبل البلوغ) غير طارئ ، أم طرأ بعد أن بلغ رشيداً .

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٩٦/٣ وما بعدهـا ، الشرح الصغير : ٣٨٧/٣ ومـا بعـدهـا ، و ٣٩٣ ، بـدايـة المجتهد : ٢٧٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢١ .

أما غير محقق السفه أي مجهوله فتصرفه نافذ اتفاقاً . وأما الصبي السفيه والأنثى البالغة السفيهة المُهْمَلان (أي لا ولي لهما) فترد تصرفاتهما ، إلى أن يبلغ الصبي ، وإلى أن تعنس الأنثى وتقعد عن المحيض وهو سن الأربعين أو من خمسين إلى ستين ، أو تمضي سنة بعد دخول الزوج بها .

وتصح وصية السفيه المحجور، وتنفذ ، كما ينفذ طلاق زوجته وخلعه لها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ، ولا شيء من المعروف . ويصح إقراره بموجب عقوبة من حد أو قصاص .

وأما تصرف السفيه المحجور بعوض ، فهو موقوف على نظر وليه ، أي أن حكم تصرفه كحكم تصرف الصبي المميز، المتقدم . ويتصرف الولي على المحجور وجوباً بالمصلحة العائدة على محجوره حالاً أو مآلاً ، فله ترك شفعة وقصاص ، ولا يعفو عن عمد أو خطأ مجّاناً بلا أخذ مال ، لما فيه من عدم المصلحة .

٣ ـ مذهب الشافعية[1] : السفه : تبذير[2] المال ، وسوء التصرف ، بأن يُضيِّع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة ونحوها ، أو يرمي المال وإن قل في بحر أو نار، أو نحوه ، أو ينفقه في محرَّم ولو معصية صغيرة ، لما فيه من قلة الدين . والأصح أن صرف المال ، وإن كثر، في الصدقة وباقي وجوه الخير، والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ، ليس بتبذير؛ لأن له في الصرف في الخير غرضاً وهو الثواب ، فإنه لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف ، ولأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ .

ولا بد في الحجر على السفيه من حكم القاضي عليه ، لا غيره من أب أو جد لأنه محل اجتهاد ، ويسن أن يشهد القاضي على حجر السفيه ، ليتجنب في المعاملة . ولو

---

(١) مغني المحتاج : ١٦٨/٢ ، ١٧٠ ـ ١٧٣ ، المهذب : ٣٣٢/١ .

(٢) التبذير : الجهل بواقع الحقوق . والسرف : الجهل بمقادير الحقوق ، وحقيقة السرف : مالا يكسب حمداً في العاجل ، ولا أجراً في الآجل .

عاد رشيداً لا يرتفع الحجر عنه إلا برفع القاضي له ، كما لا يثبت إلا به .

وولي السفيه : هو القاضي ، إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت ، فيشرف عليه من له النظر العام .

وأما تصرفاته : فيصح بإذن الولي نكاحه . ويصح طلاقه ورجعته وخلعه زوجته بمثل المهر وبدونه ، وظهاره وإيلاؤه ، ونفيه النسب لما ولدته زوجته بلعان ، واستلحاقه نسب ولد منه .

ولا يصح تصرفه المالي في الأصح ولو بإذن الولي ؛ لأن عبارته مسلوبة ، كما لو أذن لصبي فلا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء ولا هبة ، فلو اشترى أو اقترض وقبض وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه ، ولا يصح إقراره بدين قبل الحجر عليه أو بعده ، كالصبي . كما لا يصح إقراره بإتلاف المال أو جناية توجب المال في الأظهر ، كدين المعاملة . ويصح إقراره بالحد والقصاص ، لعدم تعلقهما بالمال ، ولبعد التهمة . وتقطع يده لو كان الحد سرقة . ولا يلزمه المال لو عفا مستحق القصاص ؛ لأن المال ثبت باختيار غيره ، لا بإقراره .

وحكمه في العبادة الواجبة مطلقاً ، والمندوبة البدنية كالرشيد ، لاجتماع الشرائط فيه . أما المندوبة المالية كصدقة التطوع ، فليس هو فيها كالرشيد . لكن لا يفرق الزكاة بنفسه ؛ لأنه ولاية وتصرف مالي ، لكن لو أذن له الولي ، وعين له المدفوع إليه ، صح صرفه ، كالصبي المميز ، بشرط أن يكون تصرفه بحضرة الولي أو نائبه ، لأنه قد يتلف المال إذا خلا به ، أو يدّعي صرفه كاذباً .

ويصح نذره في الذمة بالمال ، لا بعين ماله . وإذا أحرم بحج مفروض (أصلي أو قضاء أو منذور قبل الحجر) ، أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه ، كما قال الحنفية . وإن أحرم حال الحجر بتطوع من حج أو عمرة ، أو بنذر بعد الحجر ، وزادت مؤنة سفره عن نفقته المعتادة في أثناء الإقامة (أو الحضر) ، فللولي منعه من

الإتمام، أو الإتيان به، صيانة لماله، والمذهب أنه يكون كمُحْصَر (ممنوع من إكمال الحج)، فيتحلل؛ لأنه ممنوع من المضي، ويتحلل بالصوم؛ لأنه ممنوع من المال. لكن لو كان له في طريقه كسب، قدرَ زيادة المُؤنة، لم يجز منعه؛ لأن الإتمام بدون التعرض للمال ممكن.

٤ ـ مذهب الحنابلة[1]: السفيه: هو الذي لا يحسن التصرف.

ولا بد للحجر عليه ـ كما قال سائر الأئمة ـ من حكم الحاكم، كما أن رفع الحجر عنه لا بد له من الحكم؛ لأنه حجر ثبت بحكمه، فلم يزل إلا به، كالمدين المفلس.

ومن حجر عليه الحاكم استحب له إظهاره والإشهاد على الحجر عليه، لتجتنب معاملته، كما قال الشافعية، ومن عامله بعدئذ فهو المتلف لماله.

وولي السفيه: هو الأب، أو وصيه بعده، أو الحاكم عند عدمهما، إن كان محجوراً عليه صغيراً، واستديم الحجر عليه لسفهه. وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه، لم ينظر في ماله إلا الحاكم؛ لأن الحجر وإزالته يفتقر إلى حكم حاكم، فكذلك النظر في ماله.

وأما تصرفاته: فيصح نكاحه بإذن وليه وبغير إذنه، كما قال الحنفية، إن احتاج إليه؛ لأنه في هذه الحالة مصلحة محضة، ويتقيد بمهر المثل فلا يزيد عليه؛ لأن الزيادة تبرع، وليس السفيه من أهله. فإن لم يكن السفيه محتاجاً إلى التزوج، لا يصح تزوجه إلا بإذن وليه؛ لأنه تصرف يجب به مال، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء.

ويصح طلاقه؛ لأن الطلاق ليس بتصرف في المال، كما يصح خلعه زوجته؛ لأنه إذا صح الطلاق بدون دفع مال منه، فالخلع الذي يجلب له المال أولى، لكن لا يدفع العوض إليه. وهو متفق عليه فقهاً، كما لاحظنا.

---

(١) المغني: ٤/٤٦٩ ـ ٤٧٥، كشاف القناع: ٣/٤٤٠ ـ ٤٤٣.

ويصح ظهاره وإيلاؤه ولعانه ونفي النسب باللعان عن السفيه، وإقراره بنسب ولد منه.

وتصح وصيته، كما قال سائر الفقهاء، لأنها محض مصلحته، لأنها تقرب إلى الله تعالى بماله، بعد استغنائه عنه.

ويصح إقراره بما يوجب حداً أو قصاصاً، كما قال سائر الفقهاء، كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها. وإذا أقر بما يوجب القصاص، فعفا المقر له على مال، فالصواب: أنه لا يجب المال الذي عفا عليه في الحال، كما قال الشافعية؛ لأن السفيه والمقر له قد يتواطآن على العفو، بل يجب إذا انفك الحجر عنه.

ولا يصح إقراره بدين، أو بما يوجب الدين كجناية الخطأ، وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه وسرقته، ولا يلزمه ما أقر به في حال حجره؛ لأنه محجور عليه لمصلحته، لكن الظاهر من قول الحنابلة: أنه يلزمه ما أقرَّ به بعد فك الحجر عنه.

والحكم في السفيه كالحكم في الصبي والمجنون في وجوب الضمان بإتلاف مال الغير بغير إذنه، كما قال سائر الفقهاء.

ولا تصح تبرعاته، كالهبة والوقف، كما قال بقية الفقهاء؛ لأن التبرع ضرر محض، وليس السفيه من أهله، حفظاً لماله. ولا تصح شركة السفيه ولا حوالته ولا الحوالة عليه، ولا كفالته لغيره، لأن المذكور تصرف مالي، فلم يصح منه كالبيع والشراء.

ولا تصح تصرفاته من بيع وشراء بغير إذن وليه، فتكون باطلة؛ لأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه. فإن أذن ولي السفيه له بالبيع والشراء، فهل يصح منه؟. على وجهين:

أحدهما ـ يصح لأنه عقد معاوضة ، فملكه بالإذن كالنكاح ، ويظهر أن هذا هو الأرجح عندهم .

والثاني ـ لا يصح ؛ لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه ، فإذا أذن له ، فقد أذن فيما لا مصلحة فيه ، فلم يصح . وقد عرفنا أن هذا الوجه هو الأصح عند الشافعية .

ويلتزم السفيه بواجباته الشرعية كنفقة زوجته وخادمه ومن تلزمه نفقته ، وتجب عليه الفرائض الدينية المتعلقة بالأموال ، كالزكاة ، لكن لا يباشر توزيعها بنفسه ، بل يفرقها وليه ، كسائر تصرفاته المالية . ويصح منه نذر كل عبادة بدنية كالحج والصيام والصلاة ؛ لأنه غير محجور عليه في بدنه . ولا يصح منه نذر عبادة مالية كصدقة وأضحية لأنه تصرف في مال .

وإن أحرم السفيه بحج فرض ، صح إحرامه به ، كسائر عباداته ، وتدفع النفقة من ماله إلى ثقة ، ينفق عليه في الطريق ، حتى يعود ، كما قال باقي الفقهاء . وإن كان الحج الذي أحرم به تطوعاً ، وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر ، أو كانت نفقته في السفر أزيد ، لكن يكتسب السفيه الزائد في سفره ، لم يمنعه وليه من إتمام الحج ؛ لأنه وجب بالشروع . فإن كانت نفقة السفر أزيد ، ولم يكتسبها فلوليه تحليله من الإحرام بحج النفل ، لما عليه من الضرر فيه ، ويتحلل بالصيام أي صيام عشرة أيام ، كالمعسر إذا أحصر ، كما قال الشافعية .

وحكم تصرف ولي السفيه ، كحكم تصرف ولي الصغير والمجنون مقيد بتحقيق المصلحة للمولى عليه .

والخلاصة : أن تصرفات السفيه بالبيع والشراء ونحوهما موقوفة على إجازة وليه عند الحنفية والمالكية ، وباطلة ولو بإذن الولي عند الشافعية ، وباطلة بغير إذن الولي ، وتصح وتنفذ بإذنه عند الحنابلة على الراجح .

المطلب الخامس ـ أثر الحجر على المغفل :

المغفل أو ذو الغفلة : هو من يغبن في البيوع ، ولا يهتدي إلى التصرفات الرابحة في بيعه وشرائه ، لقلة خبرته وسلامة قلبه . ويختلف عن السفيه بأنه ليس بمفسد لماله ، ولا بمتابع هواه ، ولا يقصد الإفساد . والسفيه عكسه ، مفسد قصداً لماله ، متابع لهواه . والمغفل ليس هو المعتوه ؛ لأن المعتوه يخلط في كلامه .

ولا يحجر على المغفل عند أبي حنيفة ، ويحجر عليه عند الصاحبين ، ويفتى بقولهما ، وهو رأي باقي الفقهاء ، رعاية لمصلحته وحكم تصرفاته كالسفيه[1] .

بدء الحجر على السفيه والمغفل ونهايته :

قال محمد بن الحسن ، وابن القاسم المالكي[2] : يثبت الحجر على السفيه والمغفل من وقت ظهور أمارات السفه أو الغفلة ، ويزول بزوالهما ، دون توقف على قرار القاضي بالحجر ؛ لأن المسبب يدور مع سببه وجوداً وعدماً .

وبناء عليه لا تصح ولا تنفذ تصرفاتهما بمجرد ظهور الأمارات المذكورة ويكون محجوراً عليهما ولو قبل صدور قرار القاضي .

وقال أبو يوسف (ورأيه الراجح عند الحنفية) وجمهور الفقهاء[3] : لا يثبت الحجر على السفيه وذي الغفلة ، ولا يرفع إلا بقرار القاضي بثبوته أو رفعه ؛ لأن كلاً من السفه والغفلة ليس أمراً محسوساً كالجنون والعته ، وإنما يستدل عليه بالتصرفات الحاصلة من السفيه والمغفل ، وهذه أمور تقديرية اجتهادية ، تختلف باختلاف وجهات النظر ، فلابد من حكم القاضي للتثبت من الأمر ورفع الخلاف ، ومنعاً من

---

(١) الدر المختار : ١٠٢/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ١٩٨/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٦٩/٧ .

(٢) رد المحتار : ١٠٣/٥ ، ١٠٦ ، الشرح الكبير : ٢٩٧/٣ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٢١ ، رد المحتار : ١٠٣/٥ ، الشرح الصغير : ٣٨٨/٣ ، مغني المحتاج : ١٧٠/٢ ، المغني : ٤٦٩/٤ .

تغرير المتعاملين معهما ، وعدم إضرارهم بهما ؛ لأنهم لا يعلمون حقيقة أمرهما إلا بقرار الحجر عليهما .

ويترتب على هذا الرأي الراجح لدي لضبطه وعدم إضرار أحد أو تغريره نفاذ تصرفات السفيه والمغفل قبل الحجر القضائي عليهما ، فينفذ مثلاً ما باعه أحدهما قبل حجر القاضي .

المطلب السادس ـ الحجر على الفاسق :

اتفقت المذاهب الأربعة في الأصح عند الشافعية[1] : على أنه لا يحجر على الفاسق بسبب الفسق وحده دون تبذير ماله ، فلو فسق السفيه مثلاً ولم يبذر : أي مع صلاح تصرفه في ماله بعد بلوغه رشيداً ، لم يحجر عليه ؛ لأن الفاسق أهل للولاية على نفسه وأولاده ، ولأن الحجر شُرع لدفع الإسراف والتبذير ، وهو مصلح لماله ، ولأن السلف لم يحجروا على الفسقة .

والفسق الأصلي بأن بلغ فاسقاً ، والطارئ بعد البلوغ : سواء في عدم جواز الحجر على صاحبه .

ملاحظة حول الحجر على الغائب :

قال الحنفية خلافاً لمبدئهم في عدم جواز القضاء على الغائب[2] : يصح الحجر على الغائب ، لكن لا ينحجر ما لم يعلم بالحجر.

---

(١) الدر المختار : ١٠٢/٥ ، اللباب مع الكتاب : ٧٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٠ ، الشرح الكبير : ٢٩٢/٣ ، مغني المحتاج : ١٧٠/٢ ، كشاف القناع : ٤٤٠/٣ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ١٠٦/٥ .

المطلب السابع ـ الحجر للمصلحة العامة :

صرح الحنفية[1] بأنه يجوز الحجر للمصلحة العامة ؛ لأنه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام أو يدفع الضرر الأعلى بالأدنى ، فيحجر (أي يمنع) على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمُكاري المفلس . وذلك بأن يسقي المتطبب الناس دواء مهلكاً ، أو لا يقدر على إزالة ضرر دواء اشتد تأثيره على المرض .

والمفتي الماجن : بأن يعلم العوام الحيل الباطلة ، كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها ، أو لتسقط عنها الزكاة ، ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام ، وتحريم الحلال ؛ أو أن يفتي عن جهل .

والمُكَاري المفلس : وهو الذي يتقبل الكراء ، ويؤجر وسائل النقل من إبل أو سيارات مثلاً ، وليست عنده تلك الوسائل ، كما أنه لا مال له ، ليشتري به الوسائل ، ويعتمد الناس عليه ، ويدفعون الكراء إليه ، ويصرف هو ما أخذه منهم في حاجته ، فإذا جاء موعد النقل ، يختفي عن الأنظار ، فتذهب أموال الناس ، وتتعطل مصالحهم . وبكلمة موجزة : المكاري المفلس : هو متعهد النقل بدون إمكانات ، فهو محتال نصاب .

فيحجر على هؤلاء وأمثالهم ؛ لأن دفع الضرر العام واجب ، وإن كان فيه إلحاق الضرر الخاص ومصادمة الحريات . والحجر في هذه الحالات عقوبة مناسبة لزجرهم ودرء المفاسد عن الناس ، لهذا روي عن أبي حنيفة أنه كان لا يجري الحجر إلا على هؤلاء الثلاثة ؛ لأن الطبيب يضر الأبدان ، والمفتي يضر الأديان ، والمكاري يضر الأموال .

---

(١) تبيين الحقائق : ١٩٣/٥ ، الدر المختار : ١٠٢/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٦٩/٧ ، الهداية مع تكملة الفتح : ٣١٦/٧ ، الكتاب مع اللباب : ٦٨/٢ .

لكن ليس المراد بالحجر عليهم هو حقيقة الحجر: وهو المنع الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف ؛ لأن المفتي لو أفتى بعد الحجر، وأصاب، جاز، وكذا الطبيب لو باع الأدوية، نفذ بيعه، فدل على أن المراد هو المنع الحسي أي يمنع هؤلاء الثلاثة عن عملهم حساً ؛ لأن المنع من العمل من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر بسبب أن الطبيب الجاهل يفسد أبدان الناس، والمفتي الماجن يفسد دين المسلمين، والمكاري المفلس يفسد أموال الناس، ويلحق ضرراً بهم.

المطلب الثامن ـ الحجر على المريض مرض الموت :

مرض الموت : هو الذي يغلب بسببه الموت بحسب رأي الأطباء، أو يحدث منه الموت، ولو لم يحصل الموت به غالباً، أي أن المدار على كثرة الموت من المرض، ولو لم يكن غالباً[1].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية (م ١٥٩٥) بأنه المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالها المعتادة، ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير، فإن كان يتزايد، اعتبر مرض موت من تاريخ اشتداده أو تغيره، ولو دام أكثر من سنة. ويقال لصاحبه : المريض، ويقابله : الصحيح وهو من ليس في حال مرض الموت، ولو كان مريضاً بمرض آخر. ويعد المرض الذي صح منه المريض كالصحة، والمقعد والمفلوج والمسلول إذا تطاول زمن المرض ولم يقعده في الفراش كالصحيح.

وبناء عليه قال المالكية[2] : المريض نوعان : مريض لا يخاف عليه الموت غالباً كالأبرص والمجذوم والأرمد، وغيرهم، فلا حجر عليه أصلاً.

ومريض يخاف عليه في العادة كالحُمَّى القوية والسُّل وذات الجنب وشبهها.

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٣٠٦/٣ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٢٢ .

وفي رأيي أن تقدير خطر الموت عائد لظروف تقدم الطب في كل عصر. فإذا كان السل مثلاً مرضاً خطيراً في الماضي، فقد أصبح في عصرنا غير خطير بعد اكتشاف عصيات السل؛ وعلاجه المناسب له.

وقد اتفق أئمة المذاهب[1] على جواز الحجر على مريض الموت لحق الورثة. وصرح المالكية أنه يلحق به: من يخاف عليه الموت كالمقاتل في صف القتال، والمحبوس للقتل، أو المحكوم بالإعدام، والحامل إذا بلغت ستة أشهر، ودخلت في السابع ولو بيوم. واختلف في راكب البحر وقت الهول بشدة ريح أو غيرها، والأصح أنه لا يعتبر كمريض الموت.

والذي يحجر به على مريض الموت: هو تبرعاته فقط فيما زاد عن ثلث تركته، حيث لا دين، فيحجر على المريض في تبرع كهبة وصدقة ووصية ووقف وبيع محاباة، وبيع مشتمل على غبن، فيما يزيد عن ثلث ماله، أي أن حكم تبرعاته كحكم وصيته، تنفذ من الثلث، وتكون موقوفة على إجازة الورثة في الزائد عن الثلث. فإن برئ من مرضه، صح تبرعه. وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة.

وقال المالكية: لا ينفذ من الثلث تبرع المريض في الحال أو لا ينجز للمتبرع له إلا إذا كان المال المتبرع منه مأموناً أي لا يخشى تغيره وهو العقار كدار وأرض وشجر، فإن كان المال غير مأمون فلا ينفذ وإنما يوقف ولو بدون الثلث حتى يظهر حاله من موت أو حياة.

ويمنع عند المالكية تصرف المريض فيما زاد على قدر الحاجة من الأكل والشرب والكسوة والتداوي، كما يمنع من الزواج بما زاد على الثلث.

---

(١) الدر المختار: ٤٨٠/٥ وما بعدها، شرح السراجية: ص ٥، الشرح الكبير: ٣٠٦/٣ ومابعدها، الشرح الصغير: ٣٩٩/٣ - ٤٠٢، مغني المحتاج: ١٦٥/٢، القوانين الفقهية: ص ٣٢٢ وما بعدها، المغني: ٤٦٥/٤، كشاف القناع: ٤٠٤/٣.

ولا يمنع من تصرفات المعاوضات المالية كبيع وشراء وقرض وقراض (مضاربة) ومساقاة وإجارة، إلا إن كان فيها محاباة.

فإن مات المريض، نفذ تصرفه من التبرعات في ثلث ماله. وإن عاش، نفذ تصرفه من رأس ماله كله.

وقال الحنفية: تنفذ تصرفات المريض الضرورية الخاصة بشخصه وأسرته دون إجازة أحد، وهي النفقات الضرورية اللازمة للطعام والكسوة والسكنى له، ولمن تلزمه نفقته، أو اللازمة للعلاج كأجر الطبيب وثمن الدواء وأجور العملية الجراحية. وله الزواج، لأنه قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه، بشرط كون المهر في حدود مهر المثل، والزائد عنه تبرع في حكم الوصية.

وللمريض أن يقر بدين لأجنبي أو لوارث، فإن كان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة، لكن يقدم عليه دين الصحة.

المطلب التاسع ـ الحجر على الزوجة:

قال المالكية وفي رواية عن أحمد[1]: يحجر على المرأة المتزوجة الحرة الرشيدة لصالح زوجها في التصرف بغير عوض كالهبة والكفالة فيا زاد على ثلث مالها قياساً على المريض، ويكون تبرعها بزائد عن الثلث نافذاً، حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه، على المشهور عند المالكية.

وبناء على هذا المشهور، ينفذ جميع ما تبرعت به، إن لم يعلم الزوج بتبرعها حتى بانت منه بطلاق، أو علم وسكت، أو مات أحدهما.

وللزوج رد جميع ما تبرعت به الزوجة إن تبرعت بزائد على ثلثها، وله إمضاؤه

(١) الشرح الكبير: ٣٠٧/٣ وما بعدها، الشرح الصغير: ٤٠٢/٣، القوانين الفقهية: ص ٣٢٣، المغني: ٤٦٤/٤، كشاف القناع: ٤٠٥/٣.

وإنفاذه ، وله رد الزائد فقط . ورد الزوج رد إيقاف على المعتمد ، ورد إبطال عند أشهب .

وليس للزوجة بعد الثلث تبرع إلا أن يبعد مابين التبرعين بنصف عام على المعتمد عندهم .

أما واجبات الزوجة من نفقة أبويها ، فلا يحجر عليها فيه ، ولو قصدت بالإنفاق ضرر الزوج عند ابن القاسم ، خلافاً لما روي عن مالك من رد الثلث إذا قصدت به ضرر الزوج ، ولها أن تهب جميع مالها لزوجها ، ولا اعتراض عليها في الهبة لأحد . ولها التصرف بعوض في جميع مالها .

ودليل هذا المذهب أخبار منها : « لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها ، إذ هو مالك عصمتها »[1] .

وقال الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة في الراجح عندهم)[2] : للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة ، لقوله تعالى : ﴿ فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ وهو ظاهر في فك الحجر عنهم ، وإطلاقهم في التصرف . وقد ثبت أن النبي ﷺ قال : « يامعشر النساء ! تصدقن ، ولو من حُلِيِّكن ... »[3] ، وأنهن تصدقن ، فقبل صدقتهن ، ولم يسأل ، ولم يستفصل . وهذا الرأي هو الأوجه ؛ لأن ذمة المرأة المالية مستقلة عن ذمة الزوج في الإسلام ، وهذا من مفاخر الشريعة التي أعطت المرأة أهلية كاملة في التملك والتصرف .

---

(١) رواه الخمسة إلا الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها : « لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها » ، وهناك روايات أخرى عند ابن ماجه (المغني ، المكان السابق ، نيل الأوطار : ١٨/٦) .

(٢) المغني : ٤٦٤/٤ .

(٣) رواه الترمذي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود (سنن الترمذي رقم الحديث : ٦٣٥)

ملحق ـ هل للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه ؟

هناك روايتان عن الإمام أحمد تمثلان أهم آراء السلف إجمالاً[1] :

إحداهما ـ الجواز وهو الأصح ، وهي الرواية الراجحة المشهورة في المذهب ؛ لأن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « ما أنفقت المرأة من بيت زوجها غير مُفْسدةٍ ، كان لها أجرها بما أنفقت ، ولزوجها أجره بما كسب ، وللخازن مثل ذلك ، لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئاً »[2] ، ولم تذكر إذناً ، إذ العادة السماح ، وطيب النفس به ، فجرى مجرى صريح الإذن ، كتقديم الطعام بين يدي الضيفان قام مقام صريح الإذن في أكله .

لكن إن منعها الزوج من التصدق ، أو كان الزوج بخيلاً ، فتشك في رضاه ، فيحرم عليها الصدقة بشيء من ماله حينئذ ، كما يحرم على الرجل الصدقة بطعام امرأته بغير إذنها ؛ لأن العادة لم تجر به . ومن يقوم مقام المرأة كالأخت والخادمة والغلام المتصرف في مال سيده ، هو كالزوجة ، يجوز له الصدقة بنحو رغيف من مال رب البيت ، مالم يمنع أو يكن بخيلاً ، أو يضطرب عرف ويشك في رضاه .

والرواية الثانية ـ لا يجوز ، لما روى أبو أمامة الباهلي ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها ، قيل : يارسول الله ، ولا الطعام ؟ قال : ذاك أفضل أموالنا »[3] ، ولأنه تبرع بمال غيره ، بغير إذنه ، فلم يجز كغير الزوجة .

قال ابن قدامة الحنبلي : والأول أصح ؛ لأن الأحاديث فيها (أي في الرواية

(١) المغني : ٤/٤٦٥ ومابعدها ، كشاف القناع : ٣/٤٤٨ ومابعدها ، نيل الأوطار : ٦/١٦ .

(٢) رواه الجماعة ، وهناك أحاديث أخرى في معناها متفق عليها (نيل الأوطار : ٦/١٥ ومابعدها) .

(٣) رواه سعيد بن منصور في سننه ، وفي معناه أحاديث : حرمة مال الإنسان بغير طيب منه ، وتحريم الأموال والدماء بين المسلمين .

الأولى) خاصة صحيحة ، والخاص يقدم على العام ويبينه ، ويعرّف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة . وحديث الباهلي ضعيف . ولا يصح قياس المرأة على غيرها ؛ لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها وتتبسط فيه ، وتتصدق منه لحضوره وغيبته ، والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي ، فصار كأنه قال لها : افعلي هذا .

المطلب العاشر ـ الحجر على المدين وأثره (التفليس) :

أولاً ـ تعريف التفليس والمفلس : التفليس لغة : النداء على المفلس ، وشهره بين الناس بصفة الإفلاس المأخوذ من الفلوس التي هي أخس الأموال . وشرعاً : جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف في ماله أو خلع الرجل عن ماله للغرماء .

والفلس : عدم المال ، والمفلس في العرف : من لا مال له ، وهو المعدم ، وفي الشرع : من لا يفي ماله بدينه ، أو الذي أحاط الدين بماله ، أو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود . وسمي مفلساً ، وإن كان ذا مال ؛ لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه ، فكأنه معدوم ، أو باعتبار ما يؤول من عدم ماله بعد وفاء دينه ، أو لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به ، كالفلوس ونحوها[1] .

ثانياً ـ هل يحجر على المدين المفلس ؟

قال أبو حنيفة[2] : لا أحجر على المفلس في الدَّين ؛ لأن مال الله غاد ورائح ، فهو لا يرى الحجر على المدين المفلس ، كما لا يرى الحجر على السفيه ؛ لأن في الحجر إهداراً لحريته وإنسانيته وأهليته ، فذلك أخطر من ضرر خاص يلحق الدائن . فتنفذ تصرفاته ، ولا يباع ماله جبراً عنه ، وإنما يؤمر بسداد ديونه ؛ فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء ، وإن امتنع عن الأداء ، حبس حتى يسدد دينه ، أو يبيع ماله

(١) بداية المجتهد : ٢٨٠/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٨ ، الشرح الكبير : ٢٦١/٣ ، مغني المحتاج : ١٤٦/٢ ، المغني : ٤٠٨/٤ ، كشاف القناع : ٤٠٥/٣ .

(٢) الهداية مع تكملة الفتح : ٣٢٤/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ١٩٩/٥ ، الكتاب مع اللباب : ٧٢/٢ .

بنفسه ، وشرع حبسه دفعاً لظلمه ؛ لأن قضاء الدين واجب عليه ، والماطلة ظلم . وليس للقاضي أن يبيع ماله جبراً عنه ؛ لأنه نوع حجر عليه ، وهو لا يجوز عنده . والخلاصة : أن أبا حنيفة قال : ليس للحاكم أن يحجر على المفلس ، ولا يبيع ماله بل يحبسه ، حتى يؤدي أو يموت في السجن .

والمفتى به عند الحنفية هو قول الصاحبين ، وهو قول جمهور الفقهاء : وهو جواز الحجر على المدين المفلس في تصرفاته المالية ، حفاظاً على حقوق الدائنين وأموالهم من الضياع . بدليل ماروى الدارقطني ، والخلال ، وصحح الحاكم إسناده : أن النبي ﷺ حجر على معاذ ، وباع ماله في دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه ، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبي ﷺ : ليس لكم إلا ذلك .

واختلفت المذاهب في بعض التفصيلات ، منها توقف الحجر على قضاء القاضي وما يتبعه من أمور .

ثالثاً ـ هل يتوقف الحجر على المدين على قضاء القاضي ؟

١ ـ مذهب المالكية[1] : للمفلس الذي أحاط الدين بماله أحوال ثلاثة :

الحالة الأولى ـ قبل التفليس أي قبل نزع ماله منه وإعطائه للدائنين : يكون للدائنين الحق في منعه من التصرف في ماله بغير عوض ، وإبطال تصرفه ، سواء أكان دينهم حالاً أم مؤجلاً . فيمنعون من التصرفات الضارة بمصلحتهم ، كالتبرع والهبة والصدقة والوقف ، والكفالة والقرض والإقرار بدين لشخص يتهم بأن إقراره له فراراً من الدين ، كولده وزوجه . أما من لا يتهم معه ، فيعتبر إقراره له . وما عدا المذكور من تصرفات المعاوضة كالبيع والشراء ، تنفذ منه .

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٦١/٣ ـ ٢٦٤ ، الشرح الصغير : ٣٤٥/٣ ـ ٣٥٣ ، بداية المجتهد : ٢٨٠/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣١٨ وما بعدها .

الحالة الثانية[1] ـ ألا يرفع الأمر إلى الحاكم ، وإنما يقوم الغرماء على المدين ، فيستتر منهم ولا يجدونه ، فلهم أن يحولوا بينه وبين ماله ، ويمنعوه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء ، والأخذ والعطاء ، ولو بغير محاباة ، ومن التزوج ، ولهم قسم ماله بالمحاصة ، أي بنسبة حصص ديونهم .

الحالة الثالثة[2] ـ حكم الحاكم بتفليسه أي بخلع ماله لغرمائه أي نزع ماله منه وإعطائه للدائنين ، لعجزه عن قضاء مالزمه من الديون .

ولا تتحقق هذه الحالة إلا بطلب الدائنين (الغرماء) جميعهم أو بعضهم ، وأن يكون الدين حالاً ، فلا يصح تفليسه بدين مؤجل ، وأن يكون الدين زائداً على ماله ومتى فلسه الحاكم اشترك الجميع في ماله ، من طلب ومن لم يطلب .

ويترتب على تفليسه في هذه الحال أمور أربعة تحقق معنى الحجر عليه وهي : منعه من التبرعات ؛ ومن المعاوضات المالية ، والزواج بأكثر من زوجة واحدة ؛ وقسمة ماله بين الدائنين ، وحلول الدين المؤجل ، أي يحجر عليه في جميع التصرفات بعوض أو بغير عوض ، وللدائنين منعه من سفر التجارة أو غيرها إن حل دينه أو كان يحل بغيبته ، كما لهم طلب سجنه ، فيحبسه الحاكم استبراء لأمره .

٢ ـ مذهب الجمهور (غير المالكية)[3] : لايحجر على المدين إلا بقضاء القاضي ، فتكون تصرفاته قبل القضاء نافذة . وإذا حجر عليه ، فإنه يمنع من جميع التصرفات التي تضر بالدائنين ، وهي التبرعات والمعاوضات المالية ، والإقرار بالدين في حال الحجر ، ويبيع الحاكم ماله ، ويقسم ثمنه على الغرماء .

---

(١) وتسمى إفلاساً بالمعنى الأعم .

(٢) وتسمى إفلاساً بالمعنى الأخص .

(٣) تبيين الحقائق : ١٩٩/٥ ، الدر المختار : ١٠٣/٥ ، الكتاب مع اللباب : ٧٣/٢ ، تكملة الفتح : ٣٢٧/٧ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٤٧/٢ ـ ١٤٩ ، المهذب : ٣٢٠/١ ، المغني : ٤٠٩/٤ ، ٤٧١ ، كشاف القناع : ٤٠٧/٣ ـ ٤١١ .

وقد شرط الحنفية في المفتى به وهو قول الصاحبين شرطين للحجر على المدين : أن يكون دينه مستغرقاً أمواله أو يزيد عنها ، وأن يطلب الغرماء الحجر عليه .

وشرط الشافعية والحنابلة للحجر على المدين شرطين أيضاً كالشرطين السابقين : أن تكون عليه ديون حالّة تزيد على ماله ، وأن يطلب الغرماء الحجر عليه .

ويصح تزوج المفلس بمهر المثل ، وطلاقه وخلعه زوجته ورجعتها واستيفاؤه القصاص ، وإسقاط القصاص ولو مجاناً . وله أن يرد المبيع الذي اشتراه قبل الحجر بالعيب أو الإقالة ، إن كانت المصلحة في الرد . والأصح عند الشافعية سريان الحجر على مايتملكه المدين بعد الحجر بالاصطياد والهبة ، والوصية ، والشراء في الذمة ، على القول الراجح بجواز هذا الشراء ؛ لأن مقصود الحجر وصول الحقوق إلى أهلها ، وهو لايختص بالمال الموجود وقت الحجر .

وينفق على المدين من ماله وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه ؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء .

الفرق بين حجر المدين وحجر السفيه : فرق الحنفية[1] بين الحجر بالدين والحجر بالسفه من وجوه منها :

١ ـ أن حجر السفيه لمعنى في نفسه ، وهو سوء اختياره ، لا لحق الغرماء ، أما الحجر للدين فهو لمصلحة الدائنين ، ويحتاج كلاهما لحكم القضاء

٢ ـ أن المحجور بالدين لو أقر حالة الحجر ينفذ إقراره بعد زوال الحجر ولو فيما سيحدث له من مال ، والمحجور بالسفه لايجوز إقراره بالدين ، لا حال الحجر ، ولا بعده ، ولا في المال القائم ، ولا الحادث . وهذان الوجهان مقرران أيضاً عند الشافعية والحنابلة والمالكية .

---

(١) رد المحتار : ١٠٣/٥ ، تبيين الحقائق : ١٩٦/٥

وحجر الفلس أقوى من حجر المرض بدليل أن المريض يتصرف في مرض الموت في ثلث ماله ، ولا تتعلق حقوق الورثة بماله إلا بعد الموت . أما حجر الفلس فتتعلق حقوق الغرماء بعين مال المدين في الحال كالمرهون[1] .

رابعاً ـ سفر المدين المفلس : للفقهاء في منع المدين من السفر رأيان متقاربان :

فقال الحنفية والشافعية[2] : ليس للدائنين منع المدين من السفر قبل حلول الأجل سواء أكان الأجل بعيداً أم قريباً ؛ لأنه لا حق لهم في مطالبة قبل حلول الأجل . فإذا حل الأجل لهم منعه من المضي في سفره حتى يوفي دينه .

وقال المالكية[3] : للدائن منع المدين من سفر لتجارة أو غيرها إن حل أجل الدين ، أو كان يحل في أثناء غيبته ، مطلقاً أي ولو لم يكن الدين محيطاً بمال المدين ، إذا لم يوكل من يوفي عنه دينه ، أو لم يضمنه موسر .

فإن كان الدين مؤجلاً ، أو لا يحل أثناء الغيبة في السفر ، ليس للدائن منعه من السفر .

ويتفق الحنابلة[4] مع المالكية بالقول : للدائن منع المدين الذي أراد سفراً طويلاً فوق مسافة القصر ، إن حل الدين قبل عودته من السفر . وليس له منعه إن كان الدين لا يحل إلا بعد عودته من سفره . لكنهم قالوا : إن كان سفره لجهاد ، فله منعه إلا بضمين (كفيل) أو رهن ؛ لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة ، وذهاب النفس ، فلا يأمن فوات الحق .

والخلاصة : أن الرأي الأول للحنفية والشافعية : ليس للدائن المنع من السفر ولا

---

(١) مغني المحتاج : ١٤٨/٢ ، المهذب : ٣٢١/١ .

(٢) البدائع : ١٧٣/٧ ، تكملة الفتح : ٣٢٩/٧ ، اللباب : ٧٤/٢ ، المهذب : ٣١٩/١ ، مغني المحتاج : ١٥٧/٢

(٣) الشرح الكبير : ٢٦٢/٣ ، الشرح الصغير : ٣٤٨/٣

(٤) المغني : ٤٥٥/٤ ، كشاف القناع : ٤٠٥/٣ وما بعدها .

المطالبة بكفيل إذا كان الدين مؤجلاً بحال، سواء أكان الدين يحل قبل العودة من السفر أم بعده، وسواء أكان السفر إلى الجهاد أم إلى غيره؛ لأنه لا يملك المطالبة بالدين، فلم يملك منعه من السفر، ولا المطالبة بكفيل كالسفر الآمن القصير. فإن كان الدين حالاً منع المدين من السفر.

والرأي الثاني للمالكية والحنابلة أكثر تشدداً في حفظ حق الدائن، فله المنع من السفر إذا كان الدين يحل قبل العودة من السفر؛ لأنه سفر يمنع استيفاء الدين في أجله، فملك منعه من السفر إن لم يوثق بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول الحق.

خامساً ـ أثر الحجر على المفلس أو أحكام الحجر:

يترتب على الحجر آثار أو أحكام:

١ ـ تعلق حق الغرماء بعين ماله، ومنعه من التصرف بماله[1]:

يستحب أن يشهد القاضي على حجر المفلس، ليعلم الناس حاله، ويحذروا معاملته، فلا يعاملوه، إلا على بصيرة[2]. فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله كالرهن، فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم؛ لأنه لا ضرر على الغرماء، فتبطل تبرعاته كالهبة والصدقة، ولا يقبل إقراره أصلاً بعد التفليس على ماله باتفاق الفقهاء، لكن قال المالكية: يقبل إقرار المفلس لغير متهم عليه أي أجنبي، ولا يقبل لمتهم عليه كابن وأخ وزوجة، وقبول إقراره يكون في المجلس الذي فلس فيه، أو قام عليه الغرماء أو قريباً منه. ويبطل بيعه وشراؤه ونحوهما من المعاوضات المالية عند الحنابلة، والشافعية في الأظهر، لتعلق حق الغرماء بعين ماله كالمرهون، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم، فلا يصح تصرفه في ماله ببيع أو غيره مما يناقض مقصود الحجر.

---

(١) رد المحتار: ١٠٥/٥، تكملة الفتح: ٣٢٨/٧، الشرح الكبير: ٢٦٥/٣، الشرح الصغير: ٣٥٢/٣، ٣٥٥، القوانين الفقهية: ص ٣١٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٤٧/٢، المهذب: ٣٢١/١، كشاف القناع: ٤١١/٣، المغني: ٤٠٩/٤، ٤٧١، كشاف القناع: ٤١١/٣.

(٢) المهذب: ٣٢١/١، مغني المحتاج: ١٤٨/٢، المغني: ٤٤٠/٤، كشاف القناع: ٤١١/٣.

وقال الحنفية : يصح بيعه بثمن المثل أو بمثل القيمة ، وأما إن كان بغبن فيصح البيع موقوفاً على إجازة الدائنين ، وبه يكون قصدهم من منعه من التصرف عندهم هو البيع بأقل من ثمن المثل .

وقال المالكية : إن وقع التصرف المالي لم يبطل ، بل يوقف على نظر الحاكم والغرماء .

٢ ـ أن تحل عليه الديون المؤجلة ، كما تحل الديون بالموت عند الحنفية وفي المشهور عند المالكية[١] ، لخراب الذمة في الحالتين ، وهو عند المالكية ما لم يشترط المدين عدم حلوله بها ، وما لم يقتل الدائن المدين عمداً ، فلا يحل .

وقال الشافعية في الأظهر ، والحنابلة في أرجح الروايتين[٢] : لا يحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه ؛ لأن الأجل حق مقصود للمفلس ، فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ويفترق الفلس عن الموت في أن الميت خربت ذمته وبطلت . وعليه : لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة ، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالة ، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله . فإن لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين ، شارك الغرماء ، كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته .

٣ ـ الملازمة والحبس الاحتياطي للمدين :

اختلف الفقهاء في جواز ملازمة المدين ، واتفقوا على جواز حبسه بحكم القاضي بشروط معينة .

---

(١) الشرح الصغير : ٣/٣٥٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٨ ، بداية المجتهد : ٢/٢٨٢ ، الشرح الكبير : ٣/٢٦٥ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢/١٤٧ ، المغني : ٤/٤٣٥ .

آ ـ **الملازمة :** قال أبو حنيفة وصاحباه[1] : للدائنين أن يلازموا المدين، فيذهبوا معه حيثما ذهب فإذا رجع إلى بيته، فأذن لهم في الدخول، دخلوا معه، وإلا انتظروه على الباب ليلازموه بعد الخروج، ولكن لا يمنعونه من التصرف والكسب والسفر حال الملازمة، ولا يحبسونه في مكان خاص؛ لأنه حبس، بل يدورون معه، ويدور هو حيث شاء؛ لأنه بذلك يتمكن الدائن من حمل المدين على قضاء الدين، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «لصاحب الحق: اليد، واللسان»[2] أراد باليد: الملازمة، وباللسان: التقاضي. ولا تلازم المرأة منعاً من الخلوة بالأجنبية.

وقال زفر والمالكية والشافعية والحنابلة[3] : إذا ثبت إعسار المدين عند الحاكم، لم يكن لأحد مطالبته وملازمته، بل يمهل إلى أن يوسر لأنه إذا ثبتت العسرة استحق النَّظِرة إلى الميسرة، كما لو كان الدين مؤجلاً، لقوله تعالى: ﴿ وإن كان ذو عسرة، فنَظِرة إلى ميسرة ﴾. وحديث «لصاحب الحق ...» فيه مقال، كما قال ابن المنذر، أو أنه يحمل على الموسر، فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها، فكثر دينه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك»[4]. وهذا القول هو الأرجح.

ب ـ **حبس المدين :** المقرر شرعاً أنه يجب على المدين إيفاء ديونه إذا كان موسراً، فإن كان معسراً فيمهل إلى وقت اليسار عملاً بنظرة الميسرة. وإن كان مماطلاً في الوفاء، وله مال يفي بدينه للحال، حبسه الحاكم، لقوله ﷺ: «لَيُّ الواجد

---

(١) تبيين الحقائق: ٢٠٠/٥، تكملة الفتح: ٣٢٩/٧ وما بعدها، البدائع: ١٧٣/٧.

(٢) رواه بهذا اللفظ ابن عدي في الكامل عن أبي عتبة الخولاني، ورواه الدارقطني عن مكحول بلفظ «إن لصاحب الحق اليد واللسان» وهو حديث مرسل. وأخرج البخاري عن أبي هريرة، قال: «أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه، فأغلظ له، فهمَّ به أصحابه، فقال: دعوه، فإن لصاحب الحق مقالاً» (نصب الراية: ١٦٦/٤).

(٣) مغني المحتاج: ١٥٦/٢، المغني: ٤٤٩/٤ وما بعدها، كشاف القناع: ٤٠٦/٣، ٤٣٠، الشرح الصغير: ٣٧٠/٣، القوانين الفقهية: ص ٣١٧، بداية المجتهد: ٢٨٠/٢ وما بعدها.

(٤) رواه مسلم والترمذي.

ظلم ، يحل عرضه وعقوبته »[1] . واللي : المطل ، والواجد : الغني من الوُجد بمعنى القدرة . وعرضه : شِكايته ، وعقوبته : حبسه . وبناء عليه يجوز الحبس ، ولكن بشروط أوضحها الفقهاء .

قال الحنفية[2] : للقاضي أن يحبس المدين رجلاً أو امرأة بدينه في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة إذا كان غنياً ، أو اشتبه على القاضي حال يساره وإعساره ، ولم يقم عنده حجة على أحدهما ، فإذا حبسه شهرين أو ثلاثة أشهر ، ولم يظهر له مال في تلك المدة ، فإنه يطلق سراحه ، وإن أقام البينة على أن لا مال له أي أنه فقير ، خلى سبيله ، للآية السابقة ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ ولا يضرب المحبوس بالدين ولا يخوَّف ، ولا يغل بقيد ، ولا يجرد ، ولا يوقف أمام صاحب الدين إهانة له ، ولا يؤجر .

ويشترط للحبس شروط ثلاثة : في الدين ، والمدين ، والدائن :

أولها ـ أن يكون الدين حالاً ، فلا يحبس في الدين المؤجل ؛ لأن الحبس لدفع الظلم المتحقق بتأخير قضاء الدين ، ولم يوجد ممن دينه مؤجل .

ثانيها ـ يشترط في المدين شروط ثلاثة : هي القدرة على وفاء الدين : فلو كان معسراً لا يحبس ، لقوله تعالى : ﴿ وإن كان ذو عسرة ، فنظرة إلى ميسرة ﴾ .

والمطل : وهو تأخير قضاء الدين ، للحديث السابق « مطل الغني ظلم »[3] فيحبس دفعاً للظلم ، وحديث « ليّ الواجد ... » والحبس عقوبة ، وما لم يظهر منه المطل ، لا يحبس لانعدام المطل واللي منه .

وأن يكون المدين غير الوالدين ، فلا يحبس الوالدون وإن علوا ، بدين

---

(١) رواه الخمسة إلا الترمذي ، وأخرجه أيضاً البيهقي والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشَّريد عن أبيه (نيل الأوطار : ٥/٢٤٠) .

(٢) البدائع : ٧/١٧٣ ، تكلة الفتح : ٧/٣٢٩ ـ ٣٣٠ ، تبيين الحقائق : ٥/١٩٩ .

(٣) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ٥/٢٣٦) .

المولودين ، وإن سفلوا ، لقوله تعالى : ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ﴿ وبالوالدين إحساناً ﴾ ، وليس من المصاحبة بالمعروف والإحسان : حبسهما بالدين ، لكن يحبس الوالد تعزيراً بالامتناع عن نفقة ولده الذي عليه نفقته[1] ، ويحبس ولي الصغير إذا كان هو المتسبب في تأخير قضاء الدين .

ثالثها ـ أن يطلب الدائن (صاحب الدين) من القاضي حبس المدين ، فما لم يطلب لا يحبس ؛ لأن الدين حقه ، والحبس وسيلة إلى حقه ، وممارسة الحق بطلبه .

والذي يمنع عنه المحبوس : هو الخروج إلى أشغاله ومهماته الدينية والدنيوية ، كحضور الجمع والجماعات والأعياد وتشييع الجنائز وعيادة المرضى والزيارة والضيافة ، ليكون المنع باعثاً له على قضاء الدين . ولا يمنع من زيارة أقاربه له ، ولا من التصرفات الشرعية كالبيع والشراء والهبة والصدقة والإقرار لغيرهم من الغرماء . ولا يمكن المحبوس من الاشتغال بعمله على الصحيح ليضجر قلبه ، فينبعث على قضاء دينه .

وقال المالكية[2] : يسجن المدين استبراء لأمره إن جهل حاله ، أو ظهرت ملاءته (غناه) بحسب ظاهر حاله ، بلبسه فاخر الثياب ، وركوبه جيد المواصلات ، وكان له خدم من غير أن يعلم حقيقة حاله ، حتى يثبت عسره ، أو يأتي بكفيل يكفله ، فيطلق سراحه .

فإن وعد غريمه بوفاء الدين ، وطلب تأخيره نحو اليومين ، أجيب لطلبه ، ولا يحبس إن كفله كفيل .

كذلك يؤجل المدين المعلوم الملاءة (الغنى) أو ظاهر الملاءة ، إن وعد بالوفاء ، وطلب التأخير لبيع أمواله وعروضه التجارية ، إن قدم كفيلاً بالمال ،

---

(١) أما الولد فيحبس بدين الوالد ، وكذا سائر الأقارب يحبس المديون بدين قريبه .

(٢) الشرح الصغير : ٣٦٨/٣ ـ ٣٧١ ، الشرح الكبير : ٢٧٨/٣ ـ ٢٨٢ ، القوانين الفقهية : ص٣١٨ .

وإلا سجن ، وليس للحاكم بيع تلك العروض ، بخلاف المفلس ؛ لأن المفلس منع من التصرف في ماله ، وتحبس المرأة عند امرأة أمينة ، ويحبس الجد لولد ابنه ، ويحبس الولد لأبيه في دين أو غيره ، ولا العكس : أي لا يحبس والد بولده .

فإن أثبت المدين المجهول الحال ، أو ظاهر الملاءة عُسْره بشهادة بيِّنة تشهد أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن ، وحلف كذلك أنه لا مال له ، أُنظر لميسرة ، فلا يسجن ولا يطالب قبلها ، ولا يلزم بتكسب ولا اقتراض لوفاء ما بقي عليه من الدين ، ولو كان قادراً عليه ؛ لأن الدين إنما تعلق بذمته ، فلا يطلب به إلا عند اليْسار . ويخرج المجهول الحال من الحبس إن طال حبسه باجتهاد الحاكم بحيث يغلب على الظن أنه لو كان عنده مال ، ما صبر على الحبس هذه المدة . وأما ظاهر الملاءة فلا يخرج من الحبس إلا ببينة بعدمه . وأما معلوم الملاءة فيخلد في السجن حتى يؤدي ما عليه أو يأتي بكفيل غارم .

وقال الشافعية والحنابلة[1] : على الموسر إن طولب أداء دينه فوراً بحسب الإمكان ، فإن امتنع وله مال ظاهر ، وهو من جنس الدين ، وُفي منه ، فإن كان من غير جنس الدين ، باع الحاكم جبراً عليه ماله ، وإن كان المال في غير محل ولايته ، أو أكرهه مع التعزير بحبس أو غيره على البيع . فإن أخفى المدين ماله ، وهو معلوم ، وطلب غريمه حبسه ، حبس ، وحجر عليه أولاً حتى يظهره . فإن لم ينزجر بالحبس ، ورأى الحاكم ضربه أو غيره ، فعل ذلك ، وإن زاد مجموعه على الحد .

ومن ادعى الإعسار ولم يصدقه الدائن ، حبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بعسرته . فإن ثبت إعساره ، وجب إنظاره ولم تجز ملازمته للآية السابقة : ﴿ وإن كان ذو عسرة ، فنظرة إلى ميسرة ﴾ .

---

(١) مغني المحتاج : ١٥٤/٢ ، ١٥٧ ، كشاف القناع : ٤٠٦/٣ ـ ٤٠٩ ، المغني : ٤٤٧/٤ وما بعدها ، و ٤٥٠ وما بعدها ، المهذب : ٣٢٠/١ .

وإن ثبتت قدرته على الوفاء، ولم يؤد ديونه، حبسه الحاكم[1]، للحديث السابق: « ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته »، وليس للحاكم إخراج المدين من الحبس حتى يتبين له أمره أنه معسر، فيجب حينئذ إطلاقه، أو يبرأ المدين من غريمه بوفاء أو إبراء، أو حوالة، فيطلق سراحه لسقوط الحق عنه، أو يرضى غريمه بإخراجه من الحبس. فإن أصر المدين المليء على الحبس، ولم يوف الدين، باع الحاكم ماله، وقضى دينه.

ولا يجبر كما قال المالكية على الكسب، للحديث السابق: « خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك » كما لا يجبر على قبول الهدية أو الصدقة أو القرض.

٤ ـ بيع مال المدين المحجور عليه وقسمة ثمنه بين الغرماء:

اتفق الفقهاء[2] على أنه يباع مال المدين المحجور عليه بسبب الفلس، ويقسم ثمنه بين الدائنين الغرماء بالمحاصة أي بنسبة ديونهم، ويندب أن يكون البيع فوراً بعد الحجر، لئلا يطول زمن الحجر عليه، ومبادرة لبراءة ذمته، وإيصال الحق إلى ذويه، ولأنه ﷺ لما حجر على معاذ، باع ماله في دينه، وقسم ثمنه بين غرمائه.

فإن كانت الديون من جنس مال المدين، قضاها القاضي بغير أمر المدين، وإن كانت من غير جنس مال المدين، وجب على القاضي بيع المال، وقسمة الثمن بين الدائنين.

ويستحب للحاكم وقت البيع أن يحضر المفلس أو وكيله، لفوائد منها ضبط متاعه، والتعريف بالجيد منه، وتطييب نفسه وإسكان قلبه، وتكثير الرغبة في

---

(١) قال الشيخ تقي الدين بن تيمية: لا يجب حبسه في مكان معين، بل المقصود: منعه من التصرف حتى يؤدي الحق، فيحبس ولو في دار نفسه بحيث لا يمكن من الخروج (كشاف القناع: ٤٠٨/٣).

(٢) تكملة الفتح: ٣٢٨/٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ١٩٩/٥ وما بعدها، الشرح الصغير: ٣٥٧/٣ وما بعدها، ٣٦٦، الشرح الكبير: ٢٦٩/٣ ـ ٢٧١، القوانين الفقهية: ص٣١٩، مغني المحتاج: ١٥٠/٢ وما بعدها، المهذب: ٣٢٢/١، كشاف القناع: ٤٢٠/٣ وما بعدها، المغني: ٤٤١/٤ ـ ٤٤٦، بداية المجتهد: ٢٨٧/٢.

شرائه ، كما يستحب إحضار الغرماء ؛ لأن البيع لهم ، وربما رغبوا في شيء ، فزادوا في ثمنه ، ولتطييب قلوبهم ، والبعد عن التهمة ، وربما وجد أحدهم عين ماله ، فأخذه .

ويباع الشيء في عصرنا بالمزاد العلني ، ويباع ندباً كل شيء في سوقه ، بشرط كون البيع بثمن المثل ، حالاً ، من نقد البلد .

ويقدم في البيع ما يخاف فساده كالفواكه والبقول ، ثم ما يتعلق به حق كالمرهون ، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة ، ولأنه معرض للتلف ، ثم المنقول ؛ لأنه يخشى ضياعه بسرقة ونحوها ، ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه ، ثم العقار ، ويقدم البناء على الأرض . وإنما أخر العقار ؛ لأنه يؤمن عليه من الهلاك والسرقة ؛ ولأن العقار يعد للاقتناء ، فيلحقه ضرر ببيعه ، فلا يبيعه إلا عند الضرورة ، ويستأنى عند المالكية في بيع العقار نحو شهرين .

ويلاحظ أن أبا حنيفة خلافاً لصاحبيه لم يجز للحاكم بيع عروض المدين وعقاره .

ويترك للمفلس مجموعة كاملة عادية (دَسْت)[1] من ثيابه المحتاج إليها عادة ، كما يترك له قوت يوم القسمة عند الشافعية لمن تلزمه نفقته ، من زوجة وخادم وقريب ، وعند الحنفية : ينفق على هؤلاء من مال المدين قبل التفليس ولو بعد الحجر ، وعند المالكية : يترك له ما يأكله أياماً ، وعند الحنابلة : إلى أن يفرغ من قسمة المال بين الغرماء . فالحنابلة كالشافعية . وتترك له آلة صنعته التي لابد منها ، كما يترك للعالم كتبه التي يحتاج لمراجعتها ومطالعتها . وأجاز المالكية بيع الكتب وثياب الجمعة إن كثرت قيمتها ؛ لأن شأن العلم ـ على حد تعبيرهم ـ أن يحفظ في القلب ، لكن قال العلامة العدوي : إن الحفظ قد ذهب الآن ، فلذا أجراها بعضهم على آلة الصانع .

---

(١) الدَّسْت : ماقابل ثياب الزينة .

ويترك له مسكنه الذي لا غنى له عن سكناه فيه ، وخادمه الذي يحتاج إليه ، مما يكون كلاهما صالحين لمثله ؛ لأن ذلك مما لا غنى له عنه ، فلم يبع في دينه كلباسه وقوته .

لكن الأصح عند الشافعية : أنه يباع مسكنه ومركوبه ، ولا يترك له خادمه القابل للبيع في الماضي ، لزمانته ومنصبه ؛ لأنه يسهل تحصيل المقصود بالكراء .

وقال المالكية : أوجر على المفلس خادمه الذي لا يباع عليه ، ويباع ما يباع عليه .

٥ً ـ استرداد الدائن عين ماله الذي وجده في مال المفلس :

هذا هو الحكم أو الأثر الخامس من أحكام أو آثار الحجر على المفلس عند الجمهور غير الحنفية .

قال الحنفية[1] : من أفلس (أي حكم الحاكم بتفليسه) وعنده متاع لرجل بعينه ، ابتاعه منه ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء ، أي أنه لا يكون أحق به من سائر الغرماء ، فإن أفلس قبل قبض المتاع ، أو بعد القبض بغير إذن بائعه ، كان له استرداده ، وحبسه بالثمن في حالة ما قبل القبض .

ودليلهم على عدم استحقاق صاحب المتاع عين ماله : أن الإفلاس يوجب في عقد المعاوضة لا في غيره العجز عن تسليم العين ، والعقد غير مستحق الفسخ ، فلا يثبت حق الفسخ ، وإنما المستحق هو الثمن أو الدين الذي هو وصف في الذمة ، وبقبض المشتري عين المبيع ، تتحقق المبادلة ما بين الدين والعين .

وقال الجمهور غير الحنفية[2] : إذا فلس الحاكم رجلاً ، فأصاب أحد الغرماء عين

---

(١) الدر المختار : ١٠٦/٥ ، تكملة الفتح والعناية : ٣٣٠/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٠١/٥ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢٨٣/٢ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٣٧٣/٣ ، الشرح الكبير : ٢٨٢/٣ ، المهذب : ٣٢٢/١ ، مغني المحتاج : ١٥٧/٢ وما بعدها ، المغني : ٤٠٩/٤ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص٣١٩ .

ماله (أو سلعته التي باعها إياه بعينها) ، كان له حق فسخ البيع وأخذ سلعته ؛ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن ، فيوجب ذلك حق الفسخ ، كعجز البائع عن تسليم المبيع ، ولأنه يجوز فسخ العقد لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر، ولأن النبي ﷺ قال فيما يرويه أبو هريرة : « من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس ، أو إنسان قد أفلس ، فهو أحق به من غيره »[1] .

وقال الحنفية : إنه معارض بما روى الخصاف بإسناده : أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه ، فهو أسوة غرمائه » وتأويل حديث أبي هريرة : أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع .

والحقيقة أن رأي الجمهور أقوى لصحة حديث أبي هريرة الذي لا يعارضه غيره ، ولبعد تأويل الحنفية السابق ، إذ لا حاجة للحديث في حالة وجود الخيار للبائع بفسخ البيع ، فهذا أمر مقرر عام يشمل المفلس وغيره . وأبعد منه تأويلهم الحديث على ما إذا كان المتاع وديعة أو عارية أو لقطة ؛ لأن نص الحديث مقيد بحالة الإفلاس .

وهناك أمور تتعلق برجوع صاحب المتاع أو المال على المفلس أهمها ما يأتي :

أ ـ هل خيار الرجوع على الفور أم على التراخي ؟ للشافعية والحنابلة رأيان[2] ، أصحهما أن خيار الرجوع على الفور ، كخيار العيب بجامع دفع الضرر ، فتأخير الخيار يفضي إلى الضرر بالغرماء ، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم .

ب ـ حق الرجوع في كل المعاوضات : قال الشافعية[3] : لصاحب المال

---

(١) حديث صحيح رواه الجماعة عن أبي هريرة ، وله مؤيدات أخرى عن سمرة ، وعن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام (نيل الأوطار : ٢٤٢/٥) .

(٢) مغني المحتاج : ١٥٨/٢ ، المغني : ٤١٠/٤ .

(٣) مغني المحتاج : ١٥٨/٢ .

الرجوع في سائر المعاوضات المحضة كالبيع والإجارة والقرض والسلم، لعموم حديث أبي هريرة السابق، فإذا أجره داراً بأجرة حالّة، لم يقبضها حتى حجر عليه، فله الرجوع في الدار بالفسخ، تنزيلاً للمنفعة منزلة العين في البيع، ولو سلمه دراهم قرضاً، أو رأس مال سلم حالّ أو مؤجل، فحل أجل تسليم المسلم فيه، ثم حجر عليه، والدراهم باقية بالشروط الآتية، فله الرجوع فيها بالفسخ.

أما غير المعاوضات كالهبة، والمعاوضات غير المحضة كالنكاح والصلح عن دم العمد، فلا يجوز الرجوع فيها.

جـ- شروط الرجوع: يشترط للرجوع في البيع عند الشافعية شروط[1]:

أولها - كون الثمن حالاً عند الرجوع، لا مؤجلاً؛ لأن المؤجل لا يطالب به.

ثانيها - أن يتعذر حصول الثمن بالإفلاس. فلو انتفى الإفلاس، وامتنع المدين من دفع الثمن مع يساره، أو هرب، أو مات مليئاً وامتنع الوارث من التسليم، فلا فسخ في الأصح؛ لأن التوصل إلى أخذه بالحكم ممكن.

ولو عرض الغرماء فداء المال بدفع ثمنه له، لم يلزمه قبوله، وله الفسخ عند الشافعية والحنابلة لما في الفداء من المنة، ولتعلق حقه بعين ماله. وقال المالكية: ليس له حينئذ حق الرجوع؛ لأن الرجوع لتلافي النقص في الثمن، فإذا بذل له الثمن كاملاً، لم يكن له الرجوع، كما لو زال العيب من المعيب[2].

ثالثها - كون المبيع باقياً في ملك المشتري: فلو زال (فات) ملكه حساً كالموت أو حكماً كالوقف والبيع والهبة، فلا رجوع، لخروجه عن ملكه بالفوات.

---

(١) المرجع والمكان السابق.

(٢) الشرح الكبير: ٢٨٣/٣، الشرح الصغير: ٣٧٣/٣ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٥٩/٢، المغني: ٤١١/٤.

وقد تبين من هذه الشروط وما ذكر قبلها أن شروط الرجوع عند الشافعية تسعة[1] :

الأول - كونه في المعاوضة المحضة كالبيع .

الثاني - أن يرجع عقب العلم بالحجر .

الثالث - أن يكون رجوعه بقوله : فسخت البيع ونحوه ، بدون حاجة لحكم حاكم .

الرابع - أن يكون عوضه غير مقبوض ، فإن قبض شيئاً منه ثبت الرجوع فيما يقابل الباقي .

الخامس - أن يكون عدم استيفاء العوض لأجل الإفلاس .

السادس - كون العوض ديناً ، فإن كان عيناً قدم بها على الغرماء .

السابع - حلول الدين .

الثامن - كون المال المبيع باقياً في ملك المفلس .

التاسع - ألا يتعلق بالمال حق لازم ، كرهن صادر من المشتري للشيء .

وقال الحنابلة[2] : إنما يستحق البائع الرجوع في السلعة بخمس شرائط ، وزاد في كشاف القناع شرطين آخرين :

أحدها - أن تكون السلعة باقية بعينها ، لم يتلف بعضها ، فإن تلف جزء منها كتلف ثمرة الشجر المثمر ، لم يكن للبائع الرجوع ، وكان أسوة الغرماء . وقال المالكية والشافعية : يجوز الرجوع في الباقي ، ويساهم مع الغرماء بحصة التالف . وهذا هو الشرط الثامن عند الشافعية .

ثانيها - ألا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر . وقال المالكية والشافعية : إنها لا تمنع .

---

(١) مغني المحتاج : ١٦٠/٢ .

(٢) المغني : ٤١٣/٤ ، ٤١٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٤ ، ٤٥٣ ، كشاف القناع : ٤١٤/٣ - ٤١٧ .

ثالثها ـ ألا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً ، فإن كان قد قبض بعض ثمنها سقط الرجوع ، وهذا هو الشرط الرابع عند الشافعية ، فالمذهبان متفقان عليه . وقال المالكية : صاحب السلعة مخير : إن شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين ، وإن شاء ساهم مع الغرماء ولم يرجع .

رابعها ـ ألا يكون تعلق بها حق الغير ، فإن رهنها المشتري ، أو وهبها ، لم يملك البائع الرجوع ، كما لو باعها . وهذا هو الشرط التاسع عند الشافعية ، ولا خلاف فيه بين الشافعية والحنابلة والمالكية .

خامسها ـ أن يكون المفلس حياً ، فإن مات ، فالبائع أسوة الغرماء ، سواء علم بفلسه قبل الموت ، فحجر عليه ، ثم مات ، أو مات ، فتبين فلسه . وهذا رأي المالكية أيضاً ، لحديث أبي بكر بن عبد الرحمن : « فإن مات المشتري ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء[1] » وقال الشافعية : له الفسخ ، واسترجاع العين ، عملاً بحديث أبي هريرة السابق .

سادسها ـ كون السلعة لم يزل ملك المشتري عنها ببيع أو هبة أو وقف ونحوه .

سابعها ـ أن يكون البائع حياً إلى وقت الرجوع .

وأما شروط رجوع البائع على المفلس في عين ماله عند المالكية فهي ثلاثة[2] :

أولها ـ ألا يفديه غرماؤه بثمنه الذي على المفلس ،فإن فدوه بمالهم أو بمال المفلس ، أو ضمنوا له الثمن وهم ثقات ، أو أعطوه كفيلاً ثقة ، لم يأخذه .

ثانيها ـ أن يمكن أخذه واستيفاؤه ، فإن لم يمكن أخذه كبضع الزوجة

---

(١) رواه مالك في الموطأ ، وأبو داود ، وهو مرسل ، وقد أسنده أبو داود من وجه ضعيف (نيل الأوطار : ٢٤٢/٥) .

(٢) الشرح الكبير : ٢٨٣/٣ ، الشرح الصغير : ٣٧٤/٣ وما بعدها .

(الاستمتاع بها) فلا يرجع ، فالزوجة إذا فلس زوجها وطلبت صداقها ، ساهمت مع الغرماء ؛ إذ لا يمكن رجوعها في البضع ، ولها الفسخ قبل الدخول إذا أفلس حينئذ[1] .

ثالثها ـ أن يبقى عين المال على حاله ، دون أن يتغير أو ينتقل عما كان عليه حين البيع ، فإن تغير ، ساهم صاحب المال مع الغرماء ، فلا يرجع إن طحنت الحنطة أو بذرت أو قليت أو عجنت أو خبزت ، أو جعل الزُّبْد سمناً ، أو فصل القماش ثوباً ، أو قطع الجلد نعالاً أو ذبح الحيوان ، أو تمر الرطب (جعله تمراً) ، أو خلط الشيء بغير مثله ، ولم يتيسر تمييزه ، كخلط عسل بسمن أو زيت ، أو قمح جيد بعفن أو مسوس ، أو زيت بنوع آخر من الزيوت .

فإن خلط الشيء بمثله ، أو دبغ الجلد ، أو صبغ الثوب ، أو نسج الغزل ، أو تعيب الشيء بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي وعاد لهيئته الأولى ، فلصاحبه حق الرجوع و أخذ الشيء .

فإن استمر العيب ، ولم يعد الشيء لهيئته الأولى ، فله أخذه ومشاركة الغرماء بنسبة النقص ، أو تركه ومشاركة الغرماء بجميع الثمن .

د ـ زيادة المبيع عند المشتري المفلس : إذا زاد المبيع في يد المفلس فهل لصاحبه حق الرجوع ؟

للزيادة حالات :

الحالة الأولى ـ الزيادة المتصلة : كالسمن والكبر ، وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ونحوها ، لا تمنع الرجوع عند المالكية إلا أن يعطيه الغرماء ثمن المبيع ، وعند

---

(١) هذه مسألة استطرادية ، لأن الكلام فيما قبض وحيز قبل الفلس . والزوج وهو المبتاع لم يحصل منه قبض للبضع قبل الفلس .

الشافعية، وفي رواية عن أحمد. وتمنع الرجوع في رأي الخرقي الحنبلي ويظهر أنه الرأي الراجح عند الحنابلة لاتفاق كتبهم عليه[1].

الحالة الثانية ـ الزيادة المنفصلة: كالثمرة والولد الحادثين بعد البيع في يد المشتري، لا تمنع الرجوع باتفاق المذاهب الثلاثة، ويرجع البائع في الأصل، دون الزيادة، فإنها تكون للمشتري؛ لأن الشارع إنما أثبت لصاحب المال الرجوع في المبيع ذاته، فيقتصر عليه[2].

الحالة الثالثة ـ الزيادة بسبب الصبغ: إذا اشترى رجل من آخر قماشاً فصبغه بصباغ ما، ثم أفلس، لم يمنع الصبغ باتفاق المذاهب الثلاثة من رجوع البائع بأصل القماش؛ لأن له حق الرجوع بعين ماله. ويكون المفلس شريكاً لصاحب القماش بما زاد في قيمته، وتكون الزيادة له[3].

وفي احتمال آخر عند الحنابلة: ألا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة، لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس، فمنعت الرجوع كالسمن.

الحالة الرابعة ـ الزيادة بالبناء أو الغرس أو الزراعة:

قال المالكية[4]: من وجد ماله بعينه عند المفلس، وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً فبناها أو غرسها، امتنع عليه الرجوع، ويساهم مع الغرماء في ماله.

---

(١) الشرح الكبير: ٢٨٣/٣، مغني المحتاج: ١٦١/٢، المهذب: ٣٢٤/١، المغني: ٤١٩/٤، كشاف القناع: ٤١٦/٣، القوانين الفقهية: ص ٣٢٠.

(٢) المراجع السابقة، كشاف القناع: ٤١٨/٣.

(٣) الشرح الكبير: ٢٨٣/٣، مغني المحتاج: ١٦٤/٢، المهذب: ٣٢٥/١، المغني: ٤١٧/٤، كشاف القناع: ٤١٨/٣.

(٤) بداية المجتهد: ٢٨٥/٢.

وقال الشافعية والحنابلة[1] : لو اختار البائع الرجوع في الأرض بعد بناء المشتري أو غرس أشجار فيها ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على تفريغها من البناء والغرس ، فلهم ذلك ؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ، فإذا تم التفريغ فللبائع الرجوع في أرضه ؛ لأنه وجد متاعه بعينه ، ويجب تسوية الحفر وغرامة أرش النقص من مال المفلس إن نقصت بالقلع ، وإن امتنعوا عن التفريغ ، لم يجبروا ، قيل : وللبائع الرجوع في الأرض ، ويتملك البناء والغراس بقيمته ، وله أن يقلع ويضمن أرش النقص ؛ لأن مال المفلس مبيع كله ، والضرر يندفع بكل واحد من الأمرين ، كالزيادة بالصبغ .

والأرجح عند الشافعية والحنابلة : أنه ليس للبائع الرجوع في الأرض ، ويبقى البناء والغراس للمفلس ، لما في الرجوع من ضرر بالمفلس المشتري والغرماء ، والضرر لا يزال بالضرر ، فالرجوع إنما شرع لدفع الضرر ، فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس والغرماء . وحينئذ يساهم البائع مع الغرماء بالثمن . وبه اتفقت المذاهب الثلاثة على عدم الرجوع في هذه الحالة .

فإن زرع المشتري الأرض ، ثم أفلس ، فيجوز للبائع عند الشافعية[2] الرجوع في الأرض ؛ لأنه وجد عين ماله مشغولاً بما ينقل ، كما لو كان المبيع داراً ، وفيها متاع للمشتري . وحينئذ إن استحصد الزرع ، وجب نقله ، وإن لم يستحصد ، جاز تركه إلى أوان الحصاد ، من غير أجرة ؛ لأن المشتري زرع في أرضه ، فإذا زال الملك ، جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد ، من غير أجرة ، كما لو زرع أرضه ، ثم باع الأرض .

هـ - تغيير المبيع بطحن الحنطة أو غزل الصوف ونحوهما :

إن اشترى شخص حنطة فطحنها ، أو زرعها ، أو دقيقاً فخبزه ، أو زيتاً فعمله

---

(١) مغني المحتاج : ١٦٢/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٢٥/١ ، المغني : ٤٢٦/٤ وما بعدها ، كشاف القناع : ٤٢٧/٣ .

(٢) المهذب : ٣٢٦/١ .

صابوناً ، أو ثوباً قماشاً فقطعه قميصاً ، أو غزلاً فنسجه ثوباً ، أوخشباً فنجره أبواباً ، أو شريطاً فعمله إبراً ، أو شيئاً عمل به ما أزال اسمه ، ثم أفلس ، سقط حق الرجوع للبائع باتفاق المذاهب الثلاثة على الأظهر عند الشافعية إن زادت القيمة . فإن لم تزد القيمة رجع البائع ، ولا شيء للمفلس[1] .

و ـ خلط المبيع بغيره :

إذا اشترى شخص زيتاً فخلطه بزيت آخر ، أو قمحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه ، سقط حق الرجوع باتفاق المذاهب الثلاثة . لكن قال المالكية : إن خلط الشيء بمثله ، فله حق الرجوع ، وقال الشافعية : إن خلط المبيع بمثله أو دونه ، فللبائع أخذ قدر المبيع من المخلوط ، وإن خلطه بأجود منه ، فلا رجوع في المخلوط في الأظهر ، بل يضارب مع الغرماء بالثمن[2] .

ز ـ نقص المبيع : إذا نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه ، أو لعيب ، كهزال ، أو مرض ، أو بلى ثوب ، لم يمنع الرجوع باتفاق المذاهب الثلاثة ؛ لأن فقد الصفة لا يخرجه عن كونه عين ماله ، لكن البائع عند الشافعية والحنابلة يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يساهم مع الغرماء بجميع الثمن ؛ لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من هزال أو غيره ، فيصير كنقصه بسبب تغير الأسعار .

ويتخير البائع عند المالكية بين أخذه ومشاركة الغرماء بنسبة النقص ، أو تركه ومشاركة الغرماء بجميع الثمن . وهو مذهب الشافعية أيضاً فيما إذا كان إتلاف بعض الشيء من أجنبي[3] .

---

(١) الشرح الكبير : ٢٨٣/٣ ، الشرح الصغير : ٣٧٤/٣ ، مغني المحتاج : ١٦٣/٢ ، المهذب : ٣٢٥/١ ، المغني : ٤١٦/٤ .

(٢) الشرح الكبير ، والصغير ، ومغني المحتاج : المكان السابق ، المغني : ٤١٥/٤ ، المهذب : ٣٢٦/١ .

(٣) الشرح الكبير والصغير ، المكان السابق ، المهذب : ٣٢٤/١ ، المغني : ٤١٤/٤ ، القوانين الفقهية : ص٣٢٠ .

المبحث الثالث ـ رفع الحجر عن المحجورين :

من المقرر شرعاً أن الحكم يدور مع سببه أو علته وجوداً وعدماً ، وبما أن الحجر كان لسبب ، فإذا زال سبب الحجر ، زال مسببه الذي بني عليه ، وهو الحجر ، وقد بينا الحكم في بحث أثر الحجر في المحجورين ونوجزه هنا .

فيرتفع الحجر عن **السفيه** إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله ، ولكن لابد في الراجح عند الفقهاء ، خلافاً لمحمد بن الحسن وابن القاسم كما بينا في السفه ، من قرار القاضي برفع الحجر ؛ لأن ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم آخر . كذلك يرفع الحجر عن **المغفل** إذا ظهرت خبرته ، واهتدى إلى حسن التصرف . عن طريق حكم القاضي ، على الخلاف السابق في السفيه .

ويرفع الحجر عن **المجنون** بدون حكم القاضي باتفاق إذا شفي وعاد إليه عقله . ومثله **المعتوه** إذا اكتملت قواه العقلية وزال تخبطه في الكلام .

وأما **الصغير** : فإن كان غير مميز فيرفع الحجر عن بعض تصرفاته عند الحنفية والمالكية بإتمام سن السابعة . وإن كان مميزاً فيرفع الحجر عنه شيئان[1] :

أحدهما ـ عند الجمهور غير الشافعية : وهو إذن الولي إياه بالتجارة ، والإذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع . وعند الشافعية : لا يزول الحجر عن المميز ولو بالإذن بالتجارة .

الثاني ـ بلوغه عاقلاً رشيداً من غير حاجة إلى ترشيد ولي أو حكم من القاضي عند الجمهور غير المالكية .

وقال المالكية : الصغير ذو الأب : يزول الحجر عنه ببلوغه رشيداً بغير حكم

---

(١) البدائع : ١٧١/٧ ، المغني : ٤٥٧/٤ .

الحاكم . فإن كان عليه وصي من الأب ، فيزول حجره بترشيد منه من غير إذن الحاكم ، وإن كان وصيه من القاضي ، فيزول حجره بترشيده ، بإذن القاضي في رأي ابن جزي المالكي ، وأما ماذكره الدردير في الشرح الكبير والصغير فلا يحتاج الوصي مطلقاً في ترشيده إلى إذن القاضي ، وماذكره الدردير أرجح . والترشيد : أن يقول الوصي أمام العدول : اشهدوا أني فككت الحجر عن فلان ، وأطلقت له التصرف ، لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه .

وللقاضي ترشيد المحجور إذا ثبت عنده رشده ، سواء كان بوصي أو بغير وصي .

والأنثى تظل في ولاية أبيها في مشهور المذهب حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ، ويؤنس رشدها ، أو يشهد العدول بحفظ مالها ، أو يرشدها أبوها قبل الدخول أو بعده ، أو وصيها المختار بعد الدخول . وليس لوصي القاضي ترشيدها مطلقاً إلا بشهادة البينة برشدها ، كما بينا في بحث حجر الصغير .

وأما **المفلس** إذا قسم ماله بين الغرماء ، فهل ينفك عنه الحجر بالقسمة ، أو يحتاج إلى حكم القاضي بفك الحجر ؟

ذكر الشافعية والحنابلة[1] فيه وجهين :

أحدهما ـ يزول الحجر ، بقسمة مال المفلس ؛ لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه قد زال ، فزال الحجر تبعاً له ، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه .

والثاني ـ لا يزول إلا بحكم الحاكم ؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم ، فلم يزل إلا بالحاكم ، كالحجر على المبذر . ويختلف حكمه عن المجنون ؛ لأن حجره ثبت بنفسه فزال بزواله .

وفي تقديري : أنه ينبغي أن يتضمن حكم القاضي بحجر المفلس تحديد غاية

(١) المهذب : ٣٢٧/١ ، المغني : ٤٤٩/٤ .

معينة للحجر، وهي أن يتم تصفية أموال المفلس، فإذا تحقق الهدف، زال أثر الحجر تلقائياً بدون حاجة لحكم القاضي.

المبحث الرابع - تعلق الدين بالتركة:

ههنا أمور ثلاثة:

١ - هل تحل الديون المؤجلة بالموت؟ يرى جمهور العلماء ومنهم أئمة المذاهب[1] أن الديون المؤجلة تحل بالموت، كما تحل عند الحنفية والمالكية خلافاً لغيرهم بالتفليس. قال الزهري: مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات[2]. وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين.

وإذا لم يحل الدين بالموت، فلا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال: لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها، ولا في ذمة الورثة؛ لأنهم لم يلتزموا الدين، ولا رضي صاحب الدين بذممهم، وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعلق الدين بأعيان أموال التركة، أو تأجيله؛ لأنه ضرر بالميت، وصاحب الدين، ولا نفع للورثة فيه. أما إضرار الميت فلأن ذمته تظل مشغولة بالدين حتى يوفى عنه لحديث «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»[3]. وأما إضرار صاحب الدين (الدائن) فيتأخر حقه، وقد تتلف العين، فيسقط حقه، وأما إضرار الورثة فإنهم لا ينتفعون بأعيان التركة ولا يتصرفون فيها.

ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة، وقد قال النبي ﷺ: «من ترك حقاً أو مالاً فلورثته»[4].

---

(١) بداية المجتهد: ٢٨٢/٢، المغني: ٤٣٥/٤، المهذب: ٣٢٧/١.

(٢) يدل له ماروى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إذا مات الرجل وله دين إلى أجل، وعليه دين إلى أجل، فالذي عليه حالٌ، والذي له إلى أجله» (المهذب: ٣٢٧/١).

(٣) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة، وهو حديث صحيح.

(٤) رواه أحمد وابن ماجه عن أبي كريمة (الجامع الكبير: ١٧٨/٣).

٢ً ـ **كيفية تعلق الدين بالتركة :** يرى أغلب العلماء[1] أن الدين يبقى في ذمة الميت كما كان ، ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه ، أو كتعلق الدين بالمرهون ؛ لأنه أحوط للميت ، إذ يمتنع على الورثة تصرفهم بأموال التركة قبل قضاء الديون . والأصح عند الشافعية أنه يستوي الدين المستغرق وغيره في رهن التركة ، فلا ينفذ تصرف الوارث في شيء منها .

وبناء عليه لو باع رجل سلعة ثم مات المشتري قبل أداء الثمن ، يكون البائع أحق بسلعته عند الشافعية ، كما في حال الإفلاس . ودليلهم رواية ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما رجل مات ، أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق به » .

وقال الحنابلة والحنفية والمالكية[2] : صاحب المتاع أسوة الغرماء بدليل رواية أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ، ومعناها « أيما رجل مات أو أفلس ، فوجد بعض غرمائه ماله بعينه ، فصاحب المتاع أسوة الغرماء » .

٣ً ـ هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟

هناك رأيان عند الشافعية والحنابلة[3] ، الصحيح منهما : أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث ؛ لأن تعلقه بها لا يزيد على تعلق حق المرتهن بالمرهون ، وحق الدائن بمال المفلس ، وحق المجني عليه بمال الجاني ، وهو كله لا يزيل الملك في حق الراهن والمفلس والجاني ، فلا يمنع تعلق الدين بالتركة من نقل الملك إلى الورثة .

---

(١) شرح السراجية : ص٤ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٨٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص٣١٩ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٤٤/٢ وما بعدها ، المغني ٤٣٦/٤ ، المهذب : ٣٢٧/١ .

(٢) هذا ما ذكره ابن رشد في بداية المجتهد ، إذ فرق بين الإفلاس والموت ، ففي الأول : صاحب المتاع أحق وفي الثاني : هو أسوة الغرماء . وأما صاحب القوانين فقد سوى بينهما في حالة كون السلعة باقية ، فإن تلفت فصاحب المتاع أسوة الغرماء .

(٣) مغني المحتاج : ١٤٥/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٢٧/١ ، المغني : ٤٣٧/٤ .

فلو تصرف الورثة بالتركة ببيع أو غيره ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم . وتكون زوائد التركة كالنتاج أو الولد من حق الورثة ؛ لأنها حدثت في ملكهم . ولو تصرف الوارث ولم يكن هناك دين ، ثم طرأ دين برد مبيع معيب ، فيظل التصرف في الأصح نافذاً ، لكن إن لم يقض الدين ، فسخ تصرفه ، ليصل المستحق إلى حقه .

ولا خلاف في أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله ؛ لأنه خليفة المورث ، والمورث كان له ما ذكر .

وإذا قسم مال الميت أو مال المفلس بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الغرماء ، وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ؛ لأن القسمة كانت بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان خلاف الظاهر ، وجب نقض القسمة .

والرأي الثاني المرجوح : أن الدين يمنع نقل التركة إلى الورثة لقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصِي بها أو دين ﴾ أي من بعد إعطاء وصية أو إيفاء دين إن وجد ، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلهما . فلو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم ؛ لأنهم تصرفوا في غير ملكهم إلا أن يأذن الغرماء لهم .

القسم الرابع

الملكية وتوابعها

يتضمن هذا القسم بحث الملكية في بابين : الباب الأول ـ الملكية ، وفيها تمهيد وستة فصول هي :

الفصل الأول ـ تعريف الملكية والملك .

الفصل الثاني ـ قابلية المال للتملك وعدمها .

الفصل الثالث ـ أنواع الملك .

الفصل الرابع ـ أنواع الملك الناقص .

الفصل الخامس ـ أسباب الملك التام .

الفصل السادس ـ طبيعة الملكية أو هل الملكية الفردية في تشريع الإسلام مطلقة أم مقيدة ؟

وأما الباب الثاني : فهو توابع الملكية ونبحثها في اثني عشر فصلاً ، نذكرها بعد التمهيد التالي :

تمهيد

إن الملكية وخصائصها من أخطر ما يقوم عليه النظام الاقتصادي في الماضي والحاضر، وهي محور الخلاف بين النظامين العالميين المعاصرين: النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي، لذا كان بحث الملكية وتوابعها من القضايا المهمة التي تشغل العالم.

وسيجد الباحث أن هناك كثيراً من أوجه الالتقاء والشبه بين الأنظمة الحالية في أهدافها السامية وبين النظام الإسلامي في تنظيم الملكية، على نحو يحقق مصلحة الفرد والجماعة، أو مصلحة الشعب والدولة، وبذلك انحلت عقدة الصراع على قضية الملكية بما كفله الإسلام من صون مبدأ التملك، ولكن مع تقييده بقيود شديدة ومتعددة لتحقيق مصلحة الجماعة، وتطويقه بوازع الدين الحارس الأمين لكل مصلحة عامة، والدافع القوي للمساهمة في دعم الصالح العام.

كما سيجد الباحث مع ملاحظة اختلاف وجهات النظر الفقهية: أن الاموال العامة كالنفط والمعادن هي حق للجماعة ممثلة بالدولة، كما أن كثيراً من الأحكام الفقهية القديمة مأخوذ به فعلاً في التقنينات الوضعية الحديثة، سواء في ميدان العقود أم في حالة الاعتداء على الأموال، وضمان المتلفات على أساس من العدالة والمساواة بين الضرر والتعويض، ورعاية حق الملكية، والدفاع عن المقدسات من نفس ومال وعرض. وهو كله دليل على سمو النظرية الإسلامية وعدالتها في التطبيق. والله الموفق إلى سواء السبيل.

هذا وقد سبق في النظريات الفقهية بحث الملكية: تعريفها، أسبابها، أنواعها، ولا بأس من إعادة بحثها هنا بنحو أشمل، مع بحث طبيعة الملكية أو هل

الملكية الفردية في الإسلام مطلقة أم مقيدة ؟ ثم نبحث ما يتعلق بها ، وهو ما يأتي في الفصول الاثنتي عشرة الآتية ، وهي موضوع **الباب الثاني** .

الفصل الأول ـ أحكام الأراضي

الفصل الثاني ـ إحياء الموات

الفصل الثالث ـ أحكام المعادن والحمى والإقطاع

الفصل الرابع ـ حقوق الارتفاق

الفصل الخامس ـ عقود استثمار الأرض ـ المزارعة ، المساقاة ، المغارسة

الفصل السادس ـ اتفاق القسمة

الفصل السابع ـ الغصب والإتلاف

الفصل الثامن ـ دفع الصائل

الفصل التاسع ـ اللقطة واللقيط

الفصل العاشر ـ المفقود

الفصل الحادي عشر ـ السبق

الفصل الثاني عشر ـ الشفعة

الباب الأول

الملكيّة وخصائصها

فيها ستة فصول نبحثها تباعاً وهي ما يأتي :

الفصل الأول ـ تعريف الملكية والملك :

الملكية أو الملك : علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع[1] تجعله مختصاً به، ويتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع من التصرف .

والملك كما يطلق على هذه العلاقة، يطلق أيضاً على الشيء المملوك، تقول : هذا الشيء ملكي أي مملوك لي . وهذا المعنى هو المقصود في تعريف المجلة (م ١٢٥) للملك : بأنه ما ملكه الإنسان، سواء أكان أعياناً أم منافع . وبهذا المعنى يفهم قول الحنفية : إن المنافع والحقوق ملك وليست بمال .

وبناء عليه فالملك أعم من المال عندهم .

والملك في اللغة : هو حيازة الإنسان للمال والاستبداد به، أي الانفراد بالتصرف فيه . وقد عرف الفقهاء الملك بتعاريف متقاربة مضمونها واحد[2]، ولعل أفضلها هو ما يأتي :

الملك : اختصاص بالشيء يمنع الغير منه، ويمكن صاحبه من التصرف فيه ابتداء إلا لمانع شرعي .

فإذا حاز الشخص مالاً بطريق مشروع أصبح مختصاً به، واختصاصه به يمكنه

---

(١) حق الملكية وغيره لا يثبت إلا بإقرار الشرع واعترافه به، لأن الشرع هو مصدر الحقوق، وليس الحق في الشريعة حقاً طبيعياً، وإنما هو منحة إلهية منحها الخالق للأفراد وفقاً لمصلحة الجماعة .

(٢) راجع فتح القدير : ٧٤/٥، الفروق للقرافي : ٢٠٨/٣ وما بعدها .

من الانتفاع به والتصرف فيه إلا إذا وجد مانع شرعي يمنع من ذلك كالجنون أو العته أو السفه أو الصغر ونحوها . كما أن اختصاصه به يمنع الغير من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا إذا وجد مسوغ شرعي يبيح له ذلك كولاية أو وصاية أو وكالة .

وتصرف الولي أو الوصي أو الوكيل لم يثبت له ابتداء ، وإنما بطريق النيابة الشرعية عن غيره ، فيكون القاصر أو المجنون ونحوهما هو المالك ، إلا أنه ممنوع من التصرف بسبب نقص أهليته أو فقدانها ، ويعود له الحق بالتصرف عند زوال المانع أو العارض .

الفصل الثاني ـ قابلية المال للتملك وعدمها :

المال في الأصل قابل بطبيعته للتملك ، لكن قد يعرض له عارض يجعله غير قابل في كل الأحوال أو في بعضها للتملك ، فيتنوع المال بالنسبة لقابليته للتملك إلى ثلاثة أنواع :

١ ـ ما لا يقبل التمليك ولا التملك بحال : وهو ما خصص للنفع العام كالطرق العامة والجسور والحصون والسكك الحديدية والأنهار والمتاحف والمكتبات العامة والحدائق العامة ونحوها . فهذه الأشياء غير قابلة للتملك لتخصيصها للمنافع العامة . فإذا زالت عنها تلك الصفة عادت لحالتها الأصلية ، وهي قابلية التملك ، فالطريق إذا استغني عنه أو ألغي جاز تملكه .

٢ ـ ما لا يقبل التملك إلا بمسوغ شرعي : كالأموال الموقوفة وأملاك بيت المال ، أي الأموال الحرة في عرف القانونيين . فالمال الموقوف لا يباع ولا يوهب إلا إذا تهدم أو أصبحت نفقاته أكثر من إيراده ، فيجوز للمحكمة الإذن باستبداله[1] .

---

(١) أجاز الحنفية الاستبدال بالموقوف أرضاً للحاجة والمصلحة ، فقالوا : يجوز للقاضي النزيه العدل الاذن باستبدال الوقف ، بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به ، وأن لا يكون البيع بغبن فاحش ، وأن يستبدل بعقار لا بدراهم ودنانير (الدر المختار ورد المحتار : ٤٢٥/٣) .

وأملاك بيت المال (أو وزارة المالية ، أو الحكومة) لا يصح بيعها إلا برأي الحكومة لضرورة أو مصلحة راجحة ، كالحاجة إلى ثمنها ، أو الرغبة فيها بضعف الثمن ونحوها ؛ لأن أموال الدولة كأموال اليتيم عند الوصي لا يتصرف فيها إلا للحاجة أو المصلحة ، قال الخليفة عمر رضي الله عنه :

« أنزلت نفسي من بيت مال المسلمين بمنزلة وصي اليتيم » .

٣ ـ ما يجوز تملكه وتمليكه مطلقاً بدون قيد : وهو ما عدا النوعين السابقين .

الفصل الثالث ـ أنواع الملك :

الملك إما تام أو ناقص .

فالملك التام : هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً ، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة .

ومن أهم خصائصه : أنه ملك مطلق دائم لا يتقيد بزمان محدود ما دام الشيء محل الملك قائماً ، ولا يقبل الإسقاط (أي جعل الشيء بلا مالك) ، فلو غصب شخص عينا مملوكة لآخر ، فقال المالك المغصوب منه : أسقطت ملكي ، فلا تسقط ملكيته ويبقى الشيء ملكاً له ، وإنما يقبل النقل ، إذ لا يجوز أن يكون الشيء بلا مالك . وطريق النقل إما العقد الناقل للملكية كالبيع ، أو الميراث أو الوصية .

ويمنح صاحبه الصلاحيات التامة من حرية الاستعمال والاستثمار والتصرف فيما يملك كما يشاء ، فله البيع أو الهبة أو الوقف أو الوصية ، كما له الإعارة والإجارة ؛ لأنه يملك ذات العين والمنفعة معاً ، فله التصرف بهما معاً ، أو بالمنفعة فقط .

وإذا أتلف المالك ما يملكه لا ضمان عليه ، إذ لا يتصور مالك وضامن في شخص

واحد ، لكن يؤاخذ ديانة ؛ لأن إتلاف المال حرام ، وقد يؤاخذ قضاء ، فيحجر عليه إذا ثبت سفهه .

والملك الناقص : هو ملك العين وحدها ، أو المنفعة وحدها . ويسمى ملك المنفعة حق الانتفاع . وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة ، كالموصى له بمنفعة شيء مدة حياته ، وقد يكون حقاً عينياً ، أي تابعاً للعين دائماً ، بقطع النظر عن الشخص المنتفع . وهذا يسمى حق الارتفاق ، ولا يكون إلا في العقار .

الفصل الرابع ـ أنواع الملك الناقص

وبناء عليه يكون الملك الناقص ثلاثة أنواع :

١ ـ ملك العين فقط :

وهو أن تكون العين (الرقبة) مملوكة لشخص ، ومنافعها مملوكة لشخص آخر ، كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره أو بزراعة أرضه مدة حياته ، أو مدة ثلاث سنوات مثلاً ، فإذا مات الموصي وقبل الموصى له ، كانت عين الدار ملكاً لورثة الموصي بالإرث ، وللموصى له ملك المنفعة مدة حياته أو المدة المحددة . فإذا انتهت المدة صارت المنفعة ملكاً لورثة الموصي ، فتعود ملكيتهم تامة .

وفي هذه الحالة : ليس لمالك العين الانتفاع بها ولا التصرف بمنفعتها ، أو بالعين ، ويجب عليه تسليم العين للمنتفع ليستوفي حقه من منافعها ، فإذا امتنع أجبر على ذلك .

وبه يظهر أن ملكية العين فقط تكون دائمة ، وتنتهي دائماً إلى ملكية تامة ، وملكية المنافع تكون مؤقتة لا دائماً ؛ لأن المنافع لا تورث عند الحنفية .

٢ - ملك المنفعة الشخصي أو حق الانتفاع[١] :

هناك أسباب خمسة لملك المنفعة : وهي الإعارة والإجارة ، والوقف والوصية ، والإباحة .

أما الإعارة : فهي عند جمهور الحنفية والمالكية : تمليك المنفعة بغير عوض . فللمستعير أن ينتفع بنفسه ، وله إعارة الشيء لغيره ، لكن ليس له إجارته ؛ لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت) ، والإجارة عقد لازم ، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه ، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي .

وعند الشافعية والحنابلة : هي إباحة المنفعة بلا عوض . فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره .

وأما الإجارة : فهي تمليك المنفعة بعوض . وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره مجاناً أو بعوض إذا لم تختلف المنفعة باختلاف المنتفعين ، حتى ولو شرط المؤجر على المستأجر الانتفاع بنفسه . فإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر.

---

(١) يرى الحنفية : أنه لا فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وهما شيء واحد . فللمنتفع أن ينتفع بنفسه ، أو أن يملك غيره المنفعة ، إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين ، أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة ، فمن وقف داره لسكنى الطلاب الغرباء كان للطالب حق السكنى فقط ، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنتفع فقط ، وليس له تمليك غيره . وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً . وقال المالكية : هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع . فملك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه ، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض . وأما حق الانتفاع : فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي بناء على إذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها ، أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أذن له به ، كركوب سيارته ، والمبيت في منزله ، وقراءة كتبه ، ونحو ذلك . فليس للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره ، فتمليك الانتفاع : هو أن يباشر المنتفع بنفسه ، وتمليك المنفعة أعم وأشمل ، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالإعارة .
(راجع الفروق للقرافي : ١٨٧/١ ، الفرق ٣٠) .

وأما الوقف : فهو حبس العين عن تمليكها لأحد من الناس وصرف منفعتها إلى الموقوف عليه . فالوقف يفيد تمليك المنفعة للموقوف عليه ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار ، فإن نص على عدم الاستغلال ، أو منعه العرف منه ، فليس له الاستغلال .

وأما الوصية بالمنفعة : فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى به ، وله استيفاء المنفعة بنفسه ، أو بغيره بعوض أو بغير عوض إن أجاز له الموصي الاستغلال .

وأما الإباحة : فهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله ، كالإذن بتناول الطعام أو الثمار ، والإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات والجلوس في الحدائق ودخول المدارس والمشافي . والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته ، أو السكن في داره .

وسواء أكانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل أو بإحرازه كما يرى الحنفية ، أم مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية ، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إنابة غيره في الانتفاع بالمباح له ، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره .

والفرق بين الإباحة والملك هو :

أن الملك يكسب صاحبه حق التصرف في الشيء المملوك ما لم يوجد مانع . أما الإباحة : فهي حق الإنسان بأن ينتفع بنفسه بشيء بموجب إذن . والإذن قد يكون من المالك كركوب سيارته ، أو من الشرع كالانتفاع بالمرافق العامة ، من طرقات وأنهار ومراعي ونحوها .

فالمباح له الشيء لا يملكه ولا يملك منفعته ، بعكس المملوك .

خصائص حق المنفعة أو الانتفاع الشخصي :

يتميز الملك الناقص أو حق المنفعة الشخصي بخصائص أهمها ما يأتي :

١ ـ يقبل الملك الناقص التقييد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه ، بعكس الملك التام ، فيجوز لمن يعير سيارته لغيره أو يوصي بمنفعة داره أن يقيد المنتفع بمدة معينة كشهر مثلاً ، وبمكان معين كالركوب في المدينة لا في الصحراء ، وأن يركبها بنفسه لا بغيره .

٢ ـ عدم قبول التوارث عند الحنفية خلافاً لجمهور الفقهاء : فلا تورث المنفعة عند الحنفية ؛ لأن الإرث يكون للمال الموجود عند الموت ، والمنافع لا تعتبر مالاً عندهم كما بينا .

أما عند غير الحنفية فتورث المنافع في المدة الباقية ؛ لأن المنافع عندهم أموال كما أوضحنا ، فتورث كغيرها من الأموال ، فمن أوصى لغيره بسكنى داره مدة معلومة ، ثم مات قبل انتهاء هذه المدة ، فلورثته الحق بسكنى الدار إلى نهاية المدة . وهذا هو الراجح ؛ لأن المنفعة مال .

٣ ـ لصاحب حق المنفعة تسلم العين المنتفع بها ولو جبراً عن مالكها . ومتى تسلمها تكون أمانة في يده ، فيحافظ عليها كما يحافظ على ملكه الخاص ، وإذا هلكت أو تعيبت لا يضمنها إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظها . وما عدا ذلك لا ضمان عليه .

٤ ـ على المنتفع ما تحتاجه العين من نفقات إذا كان انتفاعه بها مجاناً ، كما في الإعارة . فإن كان الانتفاع بعوض كما في الإجارة فعلى مالك العين نفقاتها .

٥ ـ على المنتفع بعد استيفاء منفعته تسليم العين إلى مالكها متى طلبها إلا إذا تضرر المنتفع ، كما إذا لم يحن وقت حصاد الزرع في أرض مستأجرة أو مستعارة ، فله إبقاء الأرض بيده حتى موسم الحصاد ، ولكن بشرط دفع أجر المثل .

انتهاء حق المنفعة :

حق المنفعة حق مؤقت كما عرفنا ، فينتهي بأحد الأمور التالية :

١ ـ انتهاء مدة الانتفاع المحددة .

٢ ـ هلاك العين المنتفع بها أو تعيبها بعيب لا يمكن فيه معه استيفاء المنفعة . كانهدام دار السكنى ، أو صيرورة أرض الزراعة سبخة أو مالحة . فإن حصل ذلك بتعدي مالك العين ضمن عيناً أخرى ، كالموصى له بركوب سيارة ثم عطلها ، فعليه تقديم سيارة أخرى .

٣ ـ وفاة المنتفع عند الحنفية ؛ لأن المنافع لا تورث عندهم .

٤ ـ وفاة مالك العين إذا كانت المنفعة من طريق الإعارة أو الإجارة ؛ لأن الإعارة عقد تبرع ، وهو ينتهي بموت المتبرع ، ولأن ملكية المأجور تنتقل إلى ورثة المؤجر ، وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعية والحنابلة : الإعارة عقد غير لازم فيجوز للمعير أو لورثته الرجوع عنها ، سواء أكانت مطلقة أم مؤقتة . وقال المالكية : الإعارة المؤقتة عقد لازم ، فمن أعار دابة إلى موضع كذا ، لم يجز له أخذها قبل ذلك ، وإلا لزمه إبقاؤها قدر ما ينتفع بالمستعار الانتفاع المعتاد .

وبه يتبين أن الجمهور يقولون : إن الإعارة لا تنتهي بموت المعير أو المستعير ، وكذلك الإجارة لا تنتهي بموت أحد العاقدين ؛ لأنها عقد لازم كالبيع .

أما إذا كانت المنفعة من طريق الوصية أو الوقف ، فلا ينتهي حق المنفعة بموت الموصي ؛ لأن الوصية تبدأ بعد موته ، ولا بموت الواقف ؛ لأن الوقف إما مؤبد ، أو مؤقت فيتقيد بانتهاء مدته .

٣ ـ ملك المنفعة العيني أو حق الارتفاق :

حق الارتفاق : هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مملوك لغير مالك العقار الأول . وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران ، دون نظر إلى المالك ، مثل حق الشرب ، وحق المجرى وحق المسيل ، وحق المرور ، وحق الجوار ، وحق العلو .

أما حق الشّرب : فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض .

ويلحق به **حق الشفة :** وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي . وسمي بذلك ؛ لأن الشرب يكون عادة بالشفة .

والماء بالنسبة لهذا الحق أربعة أنواع[1] :

آ ـ ماء الأنهار العامة كالنيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة : لكل واحد الانتفاع به ، لنفسه ودوابه وأراضيه ، بشرط عدم الإضرار بالغير لحديث : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار » وحديث : « لا ضرر ولا ضرار » .

ب ـ ماء الجداول والأنهار الخاصة ، المملوكة لشخص : لكل إنسان حق الشفة منه ، لنفسه ودوابه ، وليس لغير مالكه سقي أراضيه إلا بإذن مالك المجرى .

جـ ـ ماء العيون والآبار والحياض ونحوها المملوكة لشخص : يثبت فيها كالنوع الثاني حق الشفة دون حق الشرب . فإن أبى صاحب الماء ، ومنع الناس من الاستقاء لأنفسهم ودوابهم ، كان لهم قتاله حتى ينالوا حاجتهم ، إذا لم يجدوا ماء قريباً آخر .

د ـ الماء المحرز في أوان خاصة : كالجرار والصهاريج ، لا يثبت لأحد حق الانتفاع به بأي وجه إلا برضا صاحب الماء ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه . لكن المضطر إلى هذا الماء الذي يخاف على نفسه الهلاك من العطش ، له أخذ ما يحتاجه منه ، ولو بالقوة ليدفع عن نفسه الهلاك ، ولكن مع دفع قيمته ؛ لأن « الاضطرار لا يبطل حق الغير » .

وحق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من

---

(١) البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ١٤٤/٨ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٢٥٥/٤ ، المغني : ٥٣١/٥ .

ملك جاره إلى أرضه لسقيها . وليس للجار أن يمنع مرور الماء لأرض جاره ، وإلا كان له إجراؤه جبراً عنه ، دفعاً للضرر عنه .

وحق المسيل : هو مجرى على سطح الأرض ، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع ، كمصارف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل . والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض ، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار . وحكمه مثل حق المجرى ، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر بيِّن .

وحق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه ، سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد ، أم خاصاً مملوكاً للغير . فالطريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه . والطريق الخاص : يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه ، وليس لهم سده أمام العامة للالتجاء إليه .

وحق الجوار : الجوار نوعان : علوي وجانبي . وفيه حقان :

أ ـ **حق التعلي :** وهو الثابت لصاحب العلو على صاحب السفل .

ب ـ **حق الجوار الجانبي :** وهو الثابت لكل من الجارين على الآخر .

ولصاحب حق التعلي حق القرار على الطبقة السفلى ، وهو حق ثابت دائماً لصاحب العلو ، لا يزول بهدم العقار كله أو انهدام السفل ، وله ولورثته إعادة بنائه حين يريد ، وليس لصاحب العلو أو السفل أن يتصرف في بنائه تصرفاً يضر بالآخر . وإذا انهدم السفل وجب على صاحبه إعادة بنائه ، فإن امتنع أجبر على ذلك قضاء ، فإن رفض كان لصاحب العلو البناء ويرجع على الآخر بالنفقات ، إذا بني بإذن القاضي أو إذن صاحب السفل . فإن بني من غير إذن رجع بقيمة البناء وقت تمامه ، لا بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلاً بالإنفاق .

وليس لصاحب الجوار الجانبي إلا حق واحد : وهو ألا يضر أحدهما بصاحبه ضرراً فاحشاً بيناً : وهو كل ما يمنع المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يكون سبباً لهدم البناء أو وهن فيه .

فالضرر في كل أنواع الجوار ممنوع ، أما التصرفات التي يشكل أمرها في الجوار العلوي فلا يعلم ، أيحصل منها ضرر أم لا ، كفتح باب ونافذة في الطابق الأسفل ، أو وضع متاع ثقيل في الطابق الأعلى قد يؤثر في السقف ، فهذه مختلف في منعها[1] : فقال أبو حنيفة : يمنع هذا التصرف إلا بإذن الجار ؛ لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه ، التي يتعلق بها حق الغير : هو المنع والحظر ؛ لأن ملكه ليس خالصاً ، فلا يباح له إلا ما يتعين فيه عدم الضرر ، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه . وهذا الرأي هو المفتى به عند الحنفية .

وقال الصاحبان : الأصل في تصرف الجار الإباحة ؛ لأن صاحب العلو تصرف في ملكه ، والمالك حر التصرف في ملكه ما لم يكن فيه ضرر لغيره بيقين ، فيمنع منه حينئذ ، ويبقى ما عداه على الإباحة ، وهذا الرأي في تقديري هو المعقول الواجب الاتباع . فيصبح حكم الجوار الجانبي والعلوي واحداً وهو إباحة التصرف في الملك ما لم يترتب على التصرف ضرر فاحش بالجار ، فإن وقع الضرر ، وجب على المتعدي ضمانه ، سواء أكان الضرر مباشراً أم بالتسبب . وهو رأي المالكية وباقي المذاهب أيضاً[2] .

أمور ثلاثة متعلقة بحقوق الارتفاق :

الأول ـ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع الشخصي :

يفترق حق الارتفاق عن حق الانتفاع من نواح تالية :

(١) فتح القدير : ٥٠٣/٥ ، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين : ٣٧٣/٤ ، ط البابي الحلبي ، البدائع : ٢٦٤/٦ ، البحر الرائق : ٣٢/٧ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ١٩٦/٤ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤٠/٦ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٤١ ، نيل الأوطار : ٢٦١/٥ ، ط العثمانية .

١ ـ حق الارتفاق يكون دائماً مقرراً على عقار، فتنقص به قيمة العقار المقرر عليه. أما حق الانتفاع الشخصي فقد يتعلق بعقار كوقف العقار أو الوصية به أو إجارته أو إعارته. وقد يتعلق بمنقول كإعارة الكتاب وإجارة السيارة.

٢ ـ حق الارتفاق مقرر لعقار إلا حق الجوار فقد يكون لشخص أو لعقار. أما حق الانتفاع فإنه دائماً مقرر لشخص معين باسمه أو بوصفه.

٣ ـ حق الارتفاق حق دائم يتبع العقار وإن تعدد الملاك. وحق الانتفاع الشخصي مؤقت ينتهي بأحوال معينة كما تقدم.

٤ ـ حق الارتفاق يورث حتى عند الحنفية الذين لا يعتبرونه مالاً؛ لأنه تابع للعقار. وأما حق الانتفاع فمختلف في إرثه بين الفقهاء كما بينا.

الثاني ـ خصائص حقوق الارتفاق:

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة.

فأحكامها العامة أنها إذا ثبتت تبقى ما لم يترتب على بقائها ضرر بالغير، فإن ترتب عليها ضرر أو أذى وجب إزالتها، فيزال السيل القذر في الطريق العام، ويمنع حق الشرب إذا أضر بالمنتفعين، ويمنع سير السيارة في الشارع العام إذا ترتب عليها ضرر كالسير بسرعة فائقة، أو في الاتجاه المعاكس، عملاً بالحديث النبوي: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن المرور في الطريق العام مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه[١]، ولأن «الضرر لا يكون قديماً».

وأما الأحكام الخاصة فسوف نذكرها في بحث حقوق الارتفاق المخصص لكل نوع منها.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٤٢٧/٥.

الثالث ـ أسباب حقوق الارتفاق :

تنشأ حقوق الارتفاق بأسباب متعددة منها :

١ ـ الاشتراك العام : كالمرافق العامة من طرقات وأنهار ومصارف عامة ، يثبت الحق فيها لكل عقار قريب منها ، بالمرور والسقي وصرف المياه الزائدة عن الحاجة ؛ لأن هذه المنافع شركة بين الناس فيباح لهم الانتفاع بها ، بشرط عدم الإضرار بالآخرين .

٢ ـ الاشتراط في العقود : كاشتراط البائع على المشتري أن يكون له حق مرور بها ، أو حق شرب لأرض أخرى مملوكة له . فيثبت هذان الحقان بهذا الشرط .

٣ ـ التقادم : أن يثبت حق ارتفاق لعقار من زمن قديم لا يعلم الناس وقت ثبوته ، كإرث أرض زراعية لها حق المجرى أو المسيل على أرض أخرى ؛ لأن الظاهر أنه ثبت بسبب مشروع حملاً لأحوال الناس على الصلاح ، حتى يثبت العكس .

الفصل الخامس ـ أسباب الملك التام :

إن أسباب أو مصادر الملكية التامة في الشريعة أربعة هي :

الاستيلاء على المباح ، والعقود ، والخَلَفية ، والتولد من الشيء المملوك . وفي القانون المدني هي ستة : الاستيلاء على ما ليس له مالك من منقول أو عقار ، والميراث وتصفية التركة ، والوصية ، والالتصاق بالعقار أو بالمنقول ، والعقد ، والحيازة والتقادم[١] .

وهذه الأسباب تتفق مع الأسباب الشرعية[٢] ما عدا الحيازة والتقادم (وضع

---

(١) راجع الفصل الثاني من حق الملكية ـ أسباب كسب الملكية : م ٨٢٨ ، ٨٣٦ ، ٨٧٦ ، ٨٧٩ ، ٨٩٤ ، ٩٠٧ وما بعدها من القانون المدني السوري .

(٢) يلاحظ أن المادة (١٢٤٨) من المجلة اقتصرت على الأسباب الثلاثة الأولى للتملك . ولكن من الضروري إضافة سبب رابع وهو التولد من المملوك إذ هو سبب مستقل عن تلك الأسباب .

اليد على مال مملوك للغير مدة طويلة) ، فإن الإسلام لا يقر التقادم المكسب على أنه سبب للملكية ، وإنما هو مجرد مانع من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين[1] ، توفيراً لوقت القضاء ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في أصل الحق . أما أصل الحق فيجب الاعتراف به لصاحبه وإيفاؤه له ديانة . فمن وضع يده على مال مملوك لغيره لا يملكه شرعاً بحال .

كذلك لا يقر الإسلام مبدأ التقادم المسقط على أنه مسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة . فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والخلق ، ويكفي في ذلك أن يصير الغاصب أو السارق مالكاً . إلا أن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما يرى تملك الشيء بالحيازة . ولكنه لم يحدد مدة للحيازة ، وترك تحديدها للحاكم ، ويمكن تحديدها عملاً بحديث مرسل رواه سعيد بن المسيب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم : « من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه »[2] .

وأما الالتصاق بسبب سيل أو فيضان أو كثبان رمل بسبب ريح شديدة ، فلا مانع منه شرعاً ؛ لأنه زيادة سماوية ، تدخل تحت مبدأ « التولد من المملوك » .

١ ـ الاستيلاء على المباح :

المباح : هو المال الذي لم يدخل في ملك شخص معين ، ولم يوجد مانع شرعي من تملكه كالماء في منبعه ، والكلأ والحطب والشجر في البراري ، وصيد البر والبحر . ويتميز هذا النوع بما يأتي :

(١) حدده الفقهاء بـ ٣٣ سنة ، وحددته المجلة (م ١٦٦١ ، ١٦٦٢) في الحقوق الخاصة بـ ١٥ سنة وفي الأراضي الأميرية بـ ١٠ سنوات ، وفي الأوقاف وأموال بيت المال بـ ٣٦ سنة .

(٢) انظر بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد : ص ١٨ ، ٥٠ وما بعدها ، ٦٠ ، ١٠٨ ، ١٥٠ وما بعدها ، ومراجعه مثل المدونة : ٢٣/١٣ ، وتبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك : ٣٦٢/٢ وما بعدها . وانظر : ٣١٤/٢ ط دار الفكر بيروت .

أ ـ إنه سبب منشئ للملكية على شيء لم يكن مملوكاً لأحد . أما بقية أسباب الملكية الأخرى (العقد ، الميراث ونحوهما) ، فإن الملكية الحادثة مسبوقة بملكية أخرى ، فهي سبب ناقل .

ب ـ إنه سبب فعلي لا قولي : يتحقق بالفعل أو وضع اليد ، فيصح من كل شخص ولو كان ناقص الأهلية كالصبي والمجنون والمحجور عليه . أما العقد فقد لا يصح من هؤلاء أو يكون موقوفاً على إرادة أخرى ، وهو سبب قولي .

ويشترط لهذا الطريق أي إحراز المباح شرطان :

أولهما ـ ألا يسبق إلى إحرازه شخص آخر ، لأن « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له » كما قال النبي عليه الصلاة والسلام .

ثانيهما ـ قصد التملك : فلو دخل الشيء في ملك إنسان دون قصد منه لا يتملكه ، كما إذا وقع طائر في حجر إنسان ، لا يتملكه . ومن نشر شبكته ، فإن كان للاصطياد تملك ما يقع فيها ، وإن كان للتجفيف لم يمتلك ما يقع فيها ؛ لأن « الأمور بمقاصدها » .

والاستيلاء على المباح له صور أربعة :

أولاً ـ إحياء الموات : أي استصلاح الأراضي البور . والموات : ما ليس مملوكاً من الأرضين ، ولا ينتفع بها بأي وجه انتفاع ، وتكون خارجة عن البلد . فلا يكون مواتاً : ما كان ملكاً لأحد الناس أو ما كان داخل البلد ، أو خارجاً عنها ، ولكنه مرفق لها كمحتطب لأهلها أو مرعى لأنعامهم .

والإحياء يفيد الملك لقول النبي ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » سواء أكان الإحياء بإذن الحاكم أم لا عند جمهور الفقهاء . وقال أبو حنيفة ومالك : لا بد من إذن الحاكم . وإحياء الأرض الموات يكون بجعلها صالحة للانتفاع بها كالبناء والغرس

والـزراعــة والحرث وحفر البئر. وعمـل مستصلـح الأرض لإحيــائهــا يسمى فقهــاً « التحجير» وقـد حـدد بثـلاث سنين ، قــال عمر: « ليس لمتحجر بعــد ثـلاث سنين حق » .

ثانياً ـ الاصطياد : الصيد : هو وضع اليد على شيء مبـاح غير مملوك لأحـد . ويتم إما بـالاستيلاء الفعلي على المصيـد وهو الإمسـاك ، أو بـالاستيلاء الحكمي : وهو اتخـاذ فعـل يعجـز الطير أو الحيـوان أو السمـك عن الفرار ، كاتخـاذ الحيــاض لصيــد الأسماك ، أو الشباك ، أو الحيوانـات المـدربـة على الصيـد كالكلاب والفهود والجوارح المعلّمة[1] .

والصيد حلال للإنسـان إلا إذا كان مُحْرمـاً بـالحج أو العمرة ، أو كان المصيـد في حرم مكة المكرمة أو المدينة المنورة ، قـال تعـالى : ﴿ أحل لكم صيـد البحر وطعـامـه متاعاً لكم وللسيارة ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ﴾ .

والصيـد من أسبـاب الملكيــة ، لكن يشترط في الاستيـلاء الحكمي لا الاستيـلاء الحقيقي قصد التملك عملاً بقاعدة « الأمور بمقاصدهـا » . فمن نصب شبكـة فتعلق بهـا صيد ، فإن كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد لمن سبقت يده إليـه ؛ لأن نيتـه لم تتجـه إليه . وإن كان قد نصبها للصيد ملكه صاحبها كما بينا ، وإن أخذه غيره كان متعديـاً غاصباً . ولو أفرخ طائر في أرض إنسان كان لمن سبقت إليـه يـده إلا إذا كان صـاحب الأرض هيأها لذلك .

وإذا دخل طائر في دار إنسان ، فأغلق صاحبهـا البـاب لأخـذه ، ملكـه . وإن

---

(١) قال تعالى : ﴿ يسألونك مـاذا أحل لهم ، قل : أحل لكم الطيبـات ، ومـا علمتم من الجوارح مكلبين ، تعلمونهن ممـا علمكم الله ، فكلوا ممـا أمسكن عليكم ، واذكروا اسم الله عليـه ، واتقـوا الله ، إن الله سريـع الحسـاب ﴾ [المائدة : ٤] .

أغلقه صدفة ، لم يملكه . وهكذا لو وقع الصيد في حفرة أو ساقية ، المعول في تملكه على نية صيده ، وإلا فلمن سبقت إليه يده .

ثالثاً ـ الاستيلاء على الكلأ والآجام :

الكلأ : هو الحشيش الذي ينبت في الأرض بغير زرع ، لرعي البهائم .

والآجام : الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأرض غير المملوكة .

وحكم الكلأ : ألا يملك ، وإن نبت في أرض مملوكة ، بل هو مباح للناس جميعاً ، لهم أخذه ورعيه ، وليس لصاحب الأرض منعهم منه ؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية ، وهو الراجح في المذاهب الأربعة ، لعموم حديث : « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلأ والنار »[1] .

وأما الآجام : فهي من الأموال المباحة إن كانت في أرض غير مملوكة ، فلكل واحد حق الاستيلاء عليها ، وأخذ ما يحتاجه منها ، وليس لأحد منع الناس منها ، وإذا استولى شخص على شيء منها وأحرزه صار ملكاً له . لكن للدولة تقييد المباح بمنع قطع الأشجار ، رعاية للمصلحة العامة ، وإبقاء على الثروة الشجرية المفيدة .

أما إن كانت في أرض مملوكة فلا تكون مالاً مباحاً ، بل هي ملك لصاحب الأرض فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً إلا بإذنه ؛ لأن الأرض تقصد لآجامها ، بخلاف الكلأ ، لا تقصد الأرض لما فيها من الكلأ .

رابعاً ـ الاستيلاء على المعادن والكنوز :

المعادن : ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد والرصاص ونحوها .

---

(١) البدائع : ١٩٣/٦ وما بعدها ، م ١٢٥٧ من المجلة .

والكنز : ما دفنه الناس وأودعوه في باطن الأرض من الأموال ، سواء في الجاهلية أو في الإسلام .

والمعدن والكنز يشملهما عند الحنفية كلمة « الركاز » : وهو ما ركز في باطن الأرض ، سواء أكان بخلق الله كفلزات الحديد والنحاس وغيرها ، أم كان بصنع الناس كالأموال التي يدفنها الناس فيها . وحكمهما واحد في الحديث النبوي : « وفي الركاز الخمس »[1] .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : الركاز : دفين الجاهلية . والمعدن : دفين أهل الإسلام .

حكم المعادن :

اختلف الفقهاء في تملك المعادن بالاستيلاء عليها ، وفي إيجاب حق فيها للدولة إذا وجدت في أرض ليست مملوكة .

أما تملك المعادن فللفقهاء فيه رأيان :

قال المالكية في أشهر أقوالهم[2] : جميع أنواع المعادن لا تملك بالاستيلاء عليها ، كما لا تملك تبعاً لملكية الأرض ، بل هي للدولة يتصرف فيها الحاكم حسبما تقضي المصلحة ؛ لأن الأرض مملوكة بالفتح الإسلامي للدولة ، ولأن هذا الحكم مما تدعو إليه المصلحة .

وقال الحنفية[3] : المعادن تملك بملك الأرض ؛ لأن الأرض إذا ملكت ملكت بجميع أجزائها ، فإن كانت مملوكة لشخص كانت ملكاً له ، وإن كانت في أرض للدولة

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار : ١٤٧/٤) .

(٢) القوانين الفقهية : ص ١٠٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٨٦/١ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٦١/١ وما بعدها ، المهذب : ١٦٢/١ ، المغني : ٢٨/٣ ، ٥٢٠/٥ .

فهي للدولة ، وإن كانت في أرض غير مملوكة فهي للواجد ؛ لأنها مباحة تبعاً للأرض ، وذلك على تفصيل سيأتي في بحث المعادن والإقطاع ، فعند الشافعية يملك المحيي المعادن الباطنية ، وعند الحنابلة يملك المحيي المعادن الجامدة .

وأما حق الدولة في المعادن ففيه رأيان أيضاً :

قال الحنفية : في المعادن الخمس ؛ لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز بمقتضى اللغة ، والباقي للواجد نفسه . وذلك في المعادن الصلبة القابلة للطرق والسحب كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص . أما المعادن الصلبة التي لا تقبل الطرق والسحب كالماس والياقوت والفحم الحجري ، والمعادن السائلة كالزئبق والنفط فلا يجب فيها شيء للدولة ؛ لأن الأولى تشبه الحجر والتراب ، والثانية تشبه الماء ، ولا يجب فيها شيء للدولة ، إلا الزئبق فيجب فيه الخمس .

وقال الشافعية : لا يجب في المعادن شيء للدولة ، لا الخمس وغيره ، وإنما يجب فيها الزكاة ، لقول النبي ﷺ : « العجماء جُبَار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس »[1] فأوجب الخمس في الركاز : وهو دفين أهل الجاهلية ، ولم يوجب في المعدن شيئاً ؛ لأن « الجبار » معناه : لا شيء فيه . وإيجاب الزكاة عندهم هو بعموم أدلة الزكاة ، والمعدن : مركز كل شيء ، والمعادن : المواضع التي تستخرج منها جواهر الأرض كالذهب والفضة والنحاس وغيرها . ويطلق المعدن أيضاً على الفِلزّ في لغة العلم .

---

(١) رواه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي هريرة (نصب الراية : ٣٨٠/٢ ، شرح مسلم : ٢٢٦/١١) . وقوله : « والمعدن جبار » معناه أن الرجل يحفر معدناً في ملكه أو في موات ، فيمر بها مار ، فيسقط فيها فيموت ، أو يستأجر أجراء يعملون فيها ، فيقع عليهم ، فيموتون ، فلا ضمان في ذلك . وكذا البئر جبار معناه أنه يحفرها في ملكه أو في مواته فيقع فيها إنسان أو غيره ويتلف ، فلا ضمان . وكذا لو استأجره لحفرها ، فوقعت عليه ، فمات ، فلا ضمان . وأما إذا حفر البئر في طريق المسلمين أو في ملك غيره بغير إذنه ، فتلف فيها إنسان ، فيجب ضمانه ، وكذا إن تلف بها غير الآدمي وجب ضمانه في مال الحافر .

حكم الكنز :

وأما الكنز : فهو ما دفنه الناس ، سواء في الجاهلية أم في الإسلام . فهو نوعان : إسلامي وجاهلي .

فالإسلامي : ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام مثل كلمة الشهادة أو المصحف ، أو آية قرآنية أو اسم خليفة مسلم .

والجاهلي : ما وجد عليه كتابة أو علامة تدل على أنه دفن قبل الإسلام كنقش صورة صنم أو وثن ، أو اسم ملك جاهلي ونحوه .

والمشتبه فيه : وهو ما لم يتبين بالدليل أنه إسلامي أو جاهلي ، قال فيه متقدمو الحنفية : إنه جاهلي . وقال متأخروهم : إنه إسلامي لتقادم العهد . وإن وجد كنز مختلط فيه علامات الإسلام والجاهلية فهو إسلامي ؛ لأن الظاهر أنه ملك مسلم ، ولم يعلم زوال ملكه .

والكنز الإسلامي : يبقى على ملك صاحبه ، فلا يملكه واجده ، بل يعتبر كاللقطة ، فيجب تعريفه والإعلان عنه . فإن وجد صاحبه سلم إليه وإلا تصدق به على الفقراء ، ويحل للفقير الانتفاع به . هذا رأي الحنفية[1] .

وأجاز المالكية والشافعية والحنابلة[2] تملكه والانتفاع به ، ولكن إن ظهر صاحبه بعدئذ وجب ضمانه .

وأما الكنز الجاهلي : فاتفق أئمة المذاهب على أن خمسه لبيت المال (خزانة

---

(١) فتح القدير : ٣٠٧/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، المبسوط : ٤/١١ وما بعدها ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ١٢١/٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، المغني : ٦٣٦/٥ .

الدولة) وأما باقيه وهو الأربعة الأخماس ، ففيه اختلاف : فقيل : إنها للواجد مطلقاً سواء وجدها في أرض مملوكة أم لا . وقيل : إنها للواجد في أرض غير مملوكة أو في أرض ملكها بالإحياء . فإن كان في أرض مملوكة فهي لأول مالك لها أو لورثته إن عرفوا ، وإلا فهي لبيت المال .

هذا وقد اعتبر القانون المدني السوري (م ٨٣٠) ثلاثة أخماس الكنز لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز ، وخمسه لمكتشفه ، والخمس الأخير لخزينة الدولة .

٢ ـ العقود الناقلة للملكية :

العقود كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأعمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية ؛ لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي يحقق حاجات الناس من طريق التعامل . أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة .

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان[1] :

الأولى : العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة ، بالنيابة عن المالك الحقيقي ، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه ، وبيع الأموال المحتكرة . فالمتملك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء .

الثانية : نزع الملكية الجبري . وله صورتان :

أ ـ الشفعة : وهي عند الحنفية حق الشريك أو الجار الملاصق بتملك العقار المبيع جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات . وقصرها الجمهور على الشريك .

ب ـ الاستملاك للصالح العام : وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً عن صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة ، كتوسيع مسجد ، أو طريق ونحوهما .

---

(١) المدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقاء : ف ١٠٥ .

والمتملك من هذا الطريق يتملك بناء على عقد شراء جبري مقدر بإرادة السلطة .

وعليه فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً ، والجبري : إما صريح كما في بيع المدين ، أو مفترض كما في الشفعة ونزع الملكية .

٣ ـ الخلَفية :

وهي أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه ، أو يحل شيء محل شيء آخر ، فهي نوعان : خلفية شخص عن شخص وهي الإرث . وخلفية شيء عن شيء وهي التضمين .

والإرث : سبب جبري للتملك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه المورث من أموال التركة .

والتضمين : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره ، أو غصب منه شيئاً فهلك أو فقد ، أو ألحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب . ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات ، أي الأعواض المالية المقدرة شرعاً الواجبة على الجاني في الجراحات .

٤ ـ التولد من المملوك :

معناه أن ما يتولد من شيء مملوك يكون مملوكاً لصاحب الأصل ؛ لأن مالك الأصل هو مالك الفرع ، سواء أكان التولد بفعل مالك الأصل ، أم بالطبيعة والخلقة . فغاصب الأرض الذي زرعها يملك الزرع عند الجمهور غير الحنابلة ؛ لأنه نماء البذر وهو ملكه وعليه كراء الأرض ، ويضمن لصاحب الأرض نقصانها بسبب الزرع . وثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها لمالك الأصل .

وقال الحنابلة : الزرع لمالك الأرض ، لما رواه الخمسة إلا النسائي عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء ، وله نفقته » قال البخاري : هو حديث حسن[1] .

الفصل السادس - طبيعة الملكية أو هل الملكية الفردية في تشريع الإسلام مطلقة أم مقيّدة ؟

البيع كما هو معروف بمثابة قانون منظم لمعاملات الأفراد وحقوق التملك ، ومن أهم أسباب تقييد البيع بقيود أو شروط هو الحفاظ على حقوق الناس الطبيعية فيما يمتلكونه من أموال ، فلا تنتقل ملكية أحد إلى آخر إلا في دائرة الحق والعدل ، دون أن يكون هناك غش أو غبن أو تغرير أو استغلال أو جهالة تؤدي إلى المنازعة واضطراب المعاملات ، أو أكل أموال الناس بالباطل . وهذه هي أهم الأسباب التي تؤثر على العقد فتجعله فاسداً أو باطلاً ، وهو مناط تحريم العقد في شرعة الإسلام .

لذا كان جديراً أن نتساءل : هل حرية الفرد في تصرفاته ونشاطه في العمل والإنتاج والتملك مطلقة ، أم أن هناك قيوداً من الشرع على حق التملك ؟

تمهيد :

يسود عالم اليوم نظامان متعارضان في الاقتصاد وهما : النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي :

فالنظام الرأسمالي : يعترف بحق الفرد في تملك الأموال ملكية خاصة ، سواء أكانت هذه الأموال من أموال الاستهلاك ، أم من أموال الإنتاج ، على أنه لا يشترط أن تكون جميع الأموال مملوكة للأفراد ، بل يجوز للدولة أو أحد فروعها أن تمتلك

---

(١) نيل الأوطار : ٣١٨/٥ وما بعدها .

جانباً من هذه الأموال ، كما لا يشترط أن يكون حق الملكية الفردية مطلقاً ، بل يجوز أن ترد عليه بعض القيود للمنفعة العامة .

ويقوم النظام الرأسمالي على أساس الحرية الاقتصادية للأفراد ، دون تدخل الدول لتقييد نشاطهم في الميدان الاقتصادي ، ويكون السعي للحصول على أكبر كسب نقدي هو الدافع المحرك للنشاط الاقتصادي في ظل النظام الرأسمالي .

وقد انتقد هذا النظام لأنه يؤدي إلى اختلال التوازن في توزيع الثروة بين الأفراد ، وانقسام المجتمع إلى طبقتين ؛ طبقة الرأسمالية الإقطاعية ، وطبقة ذوي الدخل المحدود من عمال وفلاحين ونحوهم ، كما يؤدي إلى تركز الثروة في أيدي فئة قليلة وانتشار البطالة والاحتكارات الطبيعية والصناعية . وكان من نتيجة ذلك فشل النظام الرأسمالي في تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، وضمان الحياة الرغدة للبشرية .

وقد أدى هذا الفشل إلى رد فعل معاكس ، فازداد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي من ناحية ، وانتشرت المبادئ الاشتراكية من ناحية أخرى[١] .

والنظام الاشتراكي : يقوم على أساس امتلاك الدولة لمختلف وسائل الإنتاج[٢] من صناعة وزراعة وثروة طبيعية وخدمات عامة ، ويكون بالتالي لا وجود للملكية الفردية القائمة على أساس الاستغلال والاستعباد ، ولا حرية اقتصادية مطلقة للفرد إلا بمقدار ما يمنحه المجتمع إياه وينظمه له .

فالملكية الخاصة لم تلغ إلغاء تاماً ؛ لأن ملكية الأموال الاستهلاكية من أدوات منزلية ونقود وسلع معترف بها ، ويجوز أن تنتقل هذه الملكية لأموال الاستهلاك إلى الغير بطريق الميراث[٣] .

---

(١) راجع أصول الاقتصاد لأستاذنا الدكتور محمد حلمي مراد ص : ١٥١ ـ ١٨٣ .

(٢) وهي الأرض ورأس المال والعمل .

(٣) هذا هو صريح المادة العاشرة من الدستور السوفييتي .

وأما ملكية أموال الإنتاج : فهي ملكية اشتراكية تظهر بشكل ملكية للدولة ، أو بشكل ملكية تعاونية ، ومع ذلك فلم تلغ الملكية الخاصة لأموال الإنتاج إلغاءً كاملاً في روسيا ، فيسمح القانون الروسي بالمشاريع الاقتصادية الصغيرة الخاصة بالفلاحين القرويين وبالحرفيين على أن يقوموا بعملهم شخصياً ، وبشرط ألا يستغلوا فيه جهد الآخرين[1] ، مما أوجد نوعاً ثالثاً من أنواع المشروعات الزراعية هو المشروعات الفردية بجانب المزارع الحكومية والمزارع المشتركة . وعلى هذا فليست الملكية الشخصية حقاً مطلقاً ثابتاً ، وإنما هي متطورة في محورها نحو الملكية الجماعية ؛ لأن الملكية في ذاتها وظيفة اجتماعية تخدم مصالح الجماعة .

وغاية النظام الاشتراكي تحقيق العدالة الاجتماعية ، لذا فإنه يهتم بالدرجة الأولى في إشباع كل حاجات الأفراد ، ولكن بحسب ضرورتها وأهميتها[2] من أجل تحقيق مستوى مادي ومعنوي لائق بكرامة الإنسان ، ثم السعي لرفع ذلك المستوى بشكل مستمر ، مما جعل الجماهير الكادحة تتجه أنظارها إلى النظام الاشتراكي باعتباره المنقذ من أدران الرأسمالية .

ويقول منتقدو هذا النظام بأنه يهدر الحق الطبيعي المقدس للفرد : وهو حق الملكية ، كما أنه يعطي الجماعة ممثلة بالدولة سلطات واسعة على حساب الأفراد ، ويقيد الحرية الاقتصادية .

---

(١) هذا هو نص المادة التاسعة من الدستور السوفييتي ، وقريب منها نص المادة السابعة : « لكل عائلة من عوائل المزرعة التعاونية بالإضافة إلى دخلها الأساسي الذي يأتيها من اقتصاد المزرعة التعاونية المشترك قطعة من الأرض خاصة بها ، وملحقة بمحل السكن . ولها في الأرض اقتصاد إضافي ومنزل للسكنى وماشية منتجة وطيور وأدوات زراعية بسيطة كملكية خاصة » .

(٢) هدف الرأسمالية اشباع حاجات الأفراد بحسب القدرة الشرائية مما يؤدي إلى عجز بعض الأفراد عن سد حاجاتهم الضرورية ، بينما يشبع فريق آخر حاجاته الترفية المتعددة .

وأما نظام الإسلام الاقتصادي والاجتماعي : فهو العدل الوسط بين النظامين السابقين ، أو بتعبير أدق : هو نظام قائم بذاته ، له فكره الاجتماعي الخاص به ، فهو يعترف بقيمة الفرد ، كما يعترف بحقوق المجتمع ، فيقيم توازناً بينهما ، بل إنه جعل الفرد للجماعة ، والجماعة للفرد من طريق التضامن العام بين الأفراد ، فهو إذاً ليس فردياً فقط يؤدي إلى الرأسمالية ، وليس جماعياً فقط يؤدي إلى الماركسية ، وإنما يمنح الفرد قدراً من الحرية بحيث لا يطغى على كيان الآخرين ، ويمنح المجتمع أو الدولة التي تمثله سلطة واسعة في تنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية على أساس من الحب المتبادل بين الفرد والجماعة ، لا على أساس الحقد وإيجاد العداوات بين الناس .

وبناء عليه فهو يعترف بحق الإنسان في التملك الفردي ، ويمنحه حق الانتفاع والاستثمار لماله ، والتصرف فيه طوال حياته وبعد مماته ، في حدود معينة تعتبر أوسع بكثير من القدر الذي تسمح به الشيوعية ، ولكنه لا يعطي المالك السلطان المطلق فيما يملك بغير أي قيد عليه كما تفعل الرأسمالية ، فهو لا يسمح بالربا والاحتكار ، ولا أن تكون الملكية سبيلاً للاستغلال الحرام والطغيان ، وبذلك يجمع الاسلام بين مزايا كل من الاشتراكية والرأسمالية ويتجنب أوجه الانحراف والمبالغة في كل منهما[1] .

ولا يمكن القول بأن نظام الإسلام الاقتصادي نظام رأسمالي أو اشتراكي ؛ لأن للرأسمالية أو الاشتراكية في الوقت الحاضر معنى محدداً مفهوماً ، له خصائص معينة في معالجة الحياة الاقتصادية .

وإنما الإسلام نظام قائم بنفسه لا ينسب إلى مذهب جديد أو قديم ، مهمته الربط بين قوى الحياة ومواهب الفطرة في كيان المرء وبين ثمار الطبيعة الظاهرة

---

(١) الفكر الإسلامي الحديث للدكتور محمد البهي : ص ٣٨٧ ، شبهات حول الاسلام للأستاذ محمد قطب : ص ٢٧ ، نظرية الإسلام السياسية للمودودي : ص ٥٧ .

والباطنة ، فيحدث التفاعل بين الجانبين ، وتتكون الحضارة الصالحة بما في الإنسان من مواهب العقل والروح وما في الكون من أسرار الحقائق وكنوز المال والثروة ، وبما في الإسلام من حلول جذرية لمشكلات الحياة ، وقواعد للفرد والمجتمع في الحقوق والواجبات . وإذا كان في الاشتراكية بعض المعاني الإنسانية التي جاء بها الإسلام من ضرورة التكافل الاجتماعي ، فلا يعني ذلك أن نظام الإسلام هو النظام الاشتراكي الماركسي .

المال والملكية في تقدير الإسلام :

المال عند الحنفية كما عرفنا : هو ما يميل إليه الإنسان طبعاً ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . وعند الجمهور : هو كل ما له قيمة يباع بها ويلزم متلفه وإن قلّت ، وما لا يطرحه الناس مثل الفَلس وما أشبه ذلك . وهذا التعريف مأخوذ عن الإمام الشافعي رضي الله عنه[1] .

وبناء على التعريف الأول لا تكون المنافع والحقوق المجردة مالاً ما عدا منفعة العين المؤجرة ، وعلى التعريف الثاني تكون المنافع أموالاً متقومة في ذاتها يمكن أن تورث .

والملك : هو اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع[2] .

والمال في الحقيقة لله سبحانه : ﴿ لله ملك السموات والأرض وما فيهن ﴾[3]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٢٥٨ .

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء ، المجلد الأول : جـ ١ ص ٢٢٠ ، والمراد من كلمة « حاجز » أنه الذي يخول صاحبه منع غيره ، وهو قريب المعنى من المفهوم اللغوي للملكية الذي يدل على معنى الاستئثار والاستبداد مما يتعلق به من الأشياء . والمراد من جملة « يسوغ صاحبه التصرف » أن الملك قدرة مبتدأة لا مستمدة من شخص آخر .

(٣) المائدة : ١٢٠ .

وتملك الإنسان للمال مجاز، أي أنه مؤتمن على المال ومستخلف عليه: ﴿ وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه ﴾.

قال عروة رضي الله عنه: «أشهد أن رسول الله ﷺ قضى: أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحيا مواتاً فهو أحق به». ويترتب عليه أن الإنسان ملزم بالتقيد بأوامر الله سبحانه في التملك بحسب ما يريده صاحب الملك. والناس على السواء، لهم حق في تملك خيرات الأرض. والملكية الفردية حق ممنوح من الله تعالى، والمال ليس غاية مقصودة لذاتها، وإنما هو وسيلة للانتفاع بالمنافع وتأمين الحاجيات[(١)].

ومن الجدير بالذكر أنه لم يحدث في تاريخ الإسلام أن أخذ مال غني بغير رضاه وأعطي لفقير، مهما اشتدت الحاجة وبلغت الفاقة، وإنما كان النبي ﷺ يحض المسلمين على البذل، ويرغبهم في العطاء من غير أمر ولا عزيمة، فجاء أبو بكر مرة بماله كله، وجاء عمر بنصف ماله، وجهز عثمان جيش العسرة بجميع ما يلزمه، فقال النبي ﷺ: «ما ضر عثمان ما فعل بعد اليوم»[(٢)].

تقييد الملكية:

يقول بعض الكاتبين: لما كان المال مال الله، والناس جميعاً عباد الله، وكانت الحياة التي يعملون فيها ويعمرونها بمال الله هي أيضاً لله، كان من الضروري أن يكون المال - وإن ربط باسم شخص معين - لجميع عباد الله، وينتفع به الجميع، قال الله تعالى: ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾ وبهذا يكون للمال وظيفة

---

(١) انظر اشتراكية الاسلام للمرحوم الدكتور مصطفى السباعي: ص ٧٧ وما بعدها، التكافل الاجتماعي في الإسلام لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة: ص ١٤ وما بعدها.

(٢) انظر بحث الملكية الفردية في الإسلام للأستاذ محمد عبد الله كنون المنشور مع بحوث المؤتمر الأول لمجمع البحوث في الأزهر: ص ١٨٦، وانظر حديث عثمان في التلخيص الحبير: ص ٢٧٨.

اجتماعية هدفها إسعاد المجتمع وقضاء حاجياته ومصالحه ، وتكون الملكية الشخصيـة إذاً في نظر الإسلام وظيفة اجتماعية[1] .

ويرى أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة أنه لا مانع من وصف الملكية بكونها وظيفـة اجتماعيـة ، ولكن يجب أن يعرف أنهـا بتوظيف الله تعـالى ، لا بتـوظيف الحكام ؛ لأن الحكام ليسوا دائماً عادلين[2] .

وفي تقـديري أن الإسـلام منهـج واضـح لا غبـار عليـه ، واستعمال هـذا التعبير المأخوذ من تعاليم الشيوعيـة أو الاشتراكيـة الماركسيـة يزج الإسلام في حمـأة المبـادئ الماركسية ، ويناقض حرية الإنسان الطبيعية الفطريـة في التملـك ، ويضلل الأفكار في فهم حقيقة نظرة الإسلام للملكية ، فالملكية الفرديـة حق مصون في الإسلام ، اللهم إلا في حـدود حق الغير ومصلحـة المجتمع . فحق الملكيـة ليس وظيفـة اجتماعيـة تجعل المالك مجرد موظف لصـالح الجمـاعـة وإنما هو ذو وظيفـة اجتماعيـة ، كما أنـه ذو صفـة فردية ، ويعتبر إلغاء الملكية مناقضاً للفطرة الإنسـانيـة ومصـادمـاً لمشـاعر الإنسـان وحبه التملـك ، وسببـاً واضحـاً في كبت الطـاقـات البشريـة ونزعـة الإبـداع والترقي الذاتي .

وبعبـارة أخرى : إن الإسلام لا يمنع الملكيـة الفرديـة مطلقـاً ، ولا يطلقهـا بلا حدود . قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بـالبـاطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ، ﴿ الذين في أموالهم حق للسائل والمحروم ﴾ ، ﴿ والله فضل بعضكم على بعض في الرزق ﴾ ، ﴿ ذلـك فضل الله يـؤتيـه من يشـاء ﴾ ويقـول

---

(١) انظر مقال شيخ الازهر السابق : أستاذنا الشيخ محمود شلتوت في جريدة الجمهوريـة ٢٢ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٦١ ، اشتراكية الإسلام للسباعي : ص ٨٠ .

(٢) التكافل الاجتماعي في الإسلام ، المصدر السابق : ص ٢٣ .

الرسول ﷺ : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه »[(١)] « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا »[(٢)] ، « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه »[(٣)] .

وبناء عليه يحرم التعدي على ملكيات الأفراد ما دامت مشروعة ، قال ﷺ : « من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع أرضين »[(٤)] .

وقرر الإسلام عقوبات على السرقة والغصب والسلب والغش ، والجباية الظالمة ونحوها ، وطالب بضمان الأموال المتلفة . وأما الملكية غير المشروعة فيجوز للدولة التدخل في شأنها لرد الأموال إلى صاحبها ، بل إن لها الحق في مصادرتها ، سواء أكانت منقولة أم غير منقولة ، كما فعل سيدنا عمر في مشاطرة بعض ولاته الذين وردوا عليه من ولايتهم بأموال لم تكن لهم ، استجابة لمصلحة عامة : وهو البعد بها عن الشبهات وعن اتخاذها وسيلة للثراء[(٥)] ؛ لأن الملكية مقيدة بالطيبات والمباحات ، أما المحرمات التي تجيء عن طريق الرشوة أو الغش أو الربا أو التطفيف في الكيل والميزان أو الاحتكار أو استغلال النفوذ والسلطة ، فلا تصلح سبباً مشروعاً للتملك .

وكذلك يحق للدولة التدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة ، سواء في أصل حق الملكية ، أو في منع المباح وتملك المباحات قبل الإسلام وبعده إذا أدى استعماله إلى ضرر عام ، كما يتضح من مساوئ الملكية

---

(١) رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه (راجع الترغيب والترهيب : ٣ ص ٦٠٩ وما بعدها) .

(٢) رواه مسلم وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله (جمع الفوائد لابن سليمان الروداني : ٤٧٤/١) .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه بلفظ : « لا يحل لامرئ من مال أخيه شيء إلا ما طابت به نفسه » وله ألفاظ وروايات كثيرة منها : مارواه الحاكم وابن حبان في صحيحيهما عن أبي حميد الساعدي بلفظ : « لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيبة نفس منه » (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧١ ، نصب الراية : ٤ ص ١٦٩ ، سبل السلام : ٣ ص ٦٠ ، نيل الأوطار : ١٥٢/٨) .

(٤) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن عائشة (نيل الأوطار: ٣١٧/٥).

(٥) انظر التلخيص الحبير: ص٢٥٤.

الإقطاعية ، ومن هنا يحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيوداً على الملكية في بداية إنشائها في حال إحياء الموات ، فيحددها بمقدار معين ، أو ينتزعها من أصحابها مع دفع تعويض عادل عنها[1] إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة للمسلمين[2] . ومن المقرر عند الفقهاء أن لولي الأمر أن ينهي إباحة الملكية بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه ، فيصبح ما تجاوزه أمراً محظوراً ، فإن طاعة ولي الأمر واجبة بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴾ وأولو الأمر : الأمراء والولاة كما روى ابن عباس وأبو هريرة ، وقال الطبري : إنه أولى الأقوال بالصواب .

ومن أمثلة تدخل ولي الأمر في الملكية : ما روى محمد الباقر عن أبيه علي زين العابدين أنه قال : « كان لسمرة بن جندب نخل في حائط (أي بستان) رجل من الأنصار ، وكان يدخل هو وأهله فيؤذيه ، فشكا الأنصاري ذلك إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله لصاحب النخل : بعه ، فأبى ، فقال الرسول : فاقطعه ، فأبى ، فقال : فهبه ولك مثله في الجنة ، فأبى ، فالتفت الرسول إليه وقال : أنت مضار ، ثم التفت إلى الأنصاري ، وقال : اذهب فاقلع نخله »[3] ففي هذه الحادثة ما يدل على أن النبي ﷺ لم يحترم الملكية المعتدية ، وهو القائل في القضاء في حقوق الارتفاق : « لا ضرر ولا ضرار »[4] ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال :

---

(١) ولا تعويض وإنما يصادر المال إذا كان مكتسباً بطريق غير مشروع كالاغتصاب والاختلاس أو كان سبب اكتسابه مشتبهاً فيه ، ولقد صادر النبي ﷺ وصحابته وبخاصة سيدنا عمر أموال الولاة الذين ذكروا سببا غير مشروع لملكياتهم كالاهداء أو لم يبينوا من أين ملكوا المال .

(٢) انظر بحث الاستاذ الشيخ علي الخفيف « الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام » ص ١١٣ ، ١٢٨ وما بعدها من كتاب المؤتمر الأول لمجمع البحوث الاسلامية .

(٣) انظر الاحكام السلطانية لأبي يعلى ، مطبعة البابي الحلبي : ص ٢٨٥ .

(٤) رواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمرو بن يحي عن أبيه ، ورواه أحمد في مسنده وابن ماجه والدارقطني في سننيهما مسندا عن أبي سعيد الخدري . وله طرق يقوي بعضها بعضا . والضرر : الحاق مفسدة بالغير ، والضرار : مقابلة الضرر بالضرر .

« لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره »[1] . وشرع الإسلام حق الشفعة على الملكية ، دفعاً للضرر واقراراً لقاعدة المصلحة .

ومن الأمثلة أيضاً ما روى الإمام مالك في الموطأ : وهو أن رجلاً اسمه الضحاك بن خليفة ساق خليجاً[2] من العريض (واد في المدينة) ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مَسْلَمة ، فأبى ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، فقال محمد : « لا ، فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع ، تسقي به أولاً وآخراً ، وهو لا يضرك ؟ فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك »[3] ففي هذا ما يدل على أنه لا يكفي الامتناع من الضرر ، بل يجب على المسلم في ملكه أن يقوم بما ينفع غيره ما دام لا ضرر عليه فيه .

ويمكن أن يعتبر مسوغاً لتنظيم الملكية أو تقييدها ـ بناء على قاعدة : الضرورات تبيح المحظورات ، وعملاً بقانون المصلحة العامة وبمبدأ سد الذرائع ـ كون صاحبها مانعاً لحقوق الله تعالى أو اتخاذها طريقاً للتسلط والظلم والطغيان ، أو التبذير والإسراف وتبديد الأموال والوقوع في حمأة الرذيلة والفساد ، أو إشعال نار الفتنة والاضطرابات بين الناس ، أو الاحتكارات والتلاعب بأسعار الأشياء ، ومحاولة تهريب الأموال إلى خارج البلاد ، أو دفع ضرر فقر ألم بفئة من الناس ، أو لإهدار الأموال المجموعة من الربا[4] ، على شرط أن يكون اجراء استثنائياً مرهوناً بوقت الحاجة لا تشريعاً دائماً ، وبشرط ألا يهتدم رأس المال من أصله .

---

(١) رواه مسلم ومالك واحمد وابن ماجه (شرح مسلم : ٤٧/١١)

(٢) الخليج : نهر يقتطع من النهر الأعظم إلى موضع ينتفع به فيه .

(٣) الموطأ : ٢١٨/٢ وما بعدها ، وهناك حادثة أخرى في الموطأ تشابه هذه الحادثة قضى فيها عمر .

(٤) الربا والاحتكار هما مصيبة الرأسمالية الطاغية ، اذ مكناها رويدا رويدا من تجميع الثروات في ايديها وحرمان سائر الناس منها (جاهلية القرن العشرين لمحمد قطب : ص ٢٧٨) .

قيود الملكية :

قيود الملكية ثلاثة : أولها ـ أن تكون في دائرة منع الضرر . ثانيها ـ ليس كل شيء قابلاً للتملك الفردي . ثالثها ـ للجماعة أو للدولة حقوق مفروضة على الملكية الخاصة .

القيد الأول ـ منع الإضرار بالآخرين : إن الحقوق المقررة على الملكية أساسها أمران :

١ ـ منع ضرر الغير ؛ لأن كل حق في الإسلام مقيد بمنع الضرر .

٢ ـ نفع الغير إن لم يكن ثمة ضرر لاحق به[١] .

والضرر أربعة أقسام عند العلماء[٢] :

١ ـ الضرر المؤكد الوقوع : وهو أن يترتب على تصرف المالك في ملكه ضرر مؤكد بغيره عند استعمال حقه المأذون فيه . وحكمه أنه إذا تمكن صاحب الحق من استعمال ملكه دون إضرار بغيره ، فيمنع من الضرر ؛ لأنه يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام . وإذا كان الضرر خاصاً بالآحاد ، فيكون حق صاحب الحق أولى بالاعتبار .

٢ ـ الضرر الغالب وقوعه : وهو أن يكون الضرر كثير الوقوع عند القيام بالفعل ، وهذه الحال تلحق بسابقتها : وهي المقطوع فيها بوقوع الضرر ؛ لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين في الأحكام العملية .

٣ ـ الضرر الكثير غير الغالب : وهو أن يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيراً في ذاته إذا وقع ، ولكن لا يغلب على الظن وقوعه .

---

(١) التكافل الاجتماعي للاستاذ محمد أبو زهرة : ص ٢٤ .

(٢) المصدر السابق : ص ٦٤ ـ ٦٦ .

وفيه اختلف الفقهاء، فالمالكية والحنابلة يرون العمل بقاعدة «دفع المضار مقدم على جلب المصالح» واحتمال وقوع الضرر كاف لمنع الفعل. والحنفية والشافعية يرون أن الفعل مشروع في أصله، واحتمال الضرر لا يصلح دليلاً على الضرر المتوقع، فلا يمنع حق لمجرد احتمال الضرر.

٤ ـ الضرر القليل: وهو أن يكون الضرر المترتب على استعمال الحق المأذون فيه نادر الوقوع، أو كان في ذاته قليلاً، وهو لا يلتفت إليه لقلته، إذ العبرة بأصل الحق الثابت، فلا يعدل عنه إلا لعارض الضرر الكثير بالغير.

القيد الثاني ـ منع الملكية الخاصة في بعض الحالات:

ليست كل الأموال قابلة للتملك الفردي، فهناك أنواع ثلاثة من المال لا تقبل الملكية الفردية وإنما هي مملوكة للجماعة[1]، وما عداها من **المرافق الخاصة** كالمزروعات والمصنوعات، يجوز للأفراد تملكها والتصرف فيها. وتلك الأنواع هي ما يأتي:

النوع الأول: الأموال ذات النفع العام كالمساجد والمدارس والطرقات والأنهار والأوقاف الخيرية ونحوها من المنافع العامة التي لا تؤدي غايتها إلا إذا كانت للجماعة.

النوع الثاني: الأموال الموجودة بخلق الله تعالى، كالمعادن والنفط والأحجار والماء والكلأ والنار، فهذه الأشياء لم يوجدها البشر وإنما هي مخلوقة بخلق الله تعالى. وكون المعادن كلها مملوكة للدولة وتستخدم من أجل المرافق العامة هو الحق وهو الرأي الراجح عند المالكية، وهو رأي الحنابلة في المعادن الظاهرة أو السائلة: وهي التي يحصل عليها من غير مؤنة ينتابها الناس، كالملح والماء والكبريت والنفط

---

(١) انظر التكافل الاجتماعي للاستاذ أبي زهرة: ص ٢٩ وما بعدها.

والكحل والياقوت ونحوها . أما المعادن الجامدة فتملك بملك الأرض التي هي فيها[1] .

وأما الحنفية فعندهم تفصيلات تعرف في كتبهم ، ولكنهم يقرون أن للدولة فيها حظاً كبيراً . ويظهر رأي الحنابلة في قول ابن قدامة الحنبلي : « وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة : وهي التي يوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والقير والمومياء[2] والنفط والكحل والبرام[3] والياقوت ومقاطع الطين وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ،ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ولا احتجازها دون المسلمين ؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم »[4] .

النوع الثالث : الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة من الأفراد أو يكون للدولة عليها الولاية .

فالأولى مثل ما يؤول إلى بيت المال كالأموال الضائعة ، أو التي لا وارث لها ؛ لأن « بيت المال وارث من لا وارث له » والثاني مثل الأراضي الخراجية الزراعية التي آلت إلى المسلمين بالفتح كأراضي الشام ومصر والعراق وفارس وما وراءها تعتبر كالمعادن مملوكة للدولة ، وتعتبر اليد القائمة عليها يد اختصاص وانتفاع فقط ، لا يد تملك تام أي (للرقبة والمنفعة معاً) . وإذا كانت أغلب أراضي المسلمين هي أراضي خراجية ، ويد الزراع عليها ليست يد ملك مطلق ، فإن لولي الأمر عند الضرورة أن ينتزع الأراضي من أيدي واضعي اليد عليها ، ويعوضهم عنها إذا اقتضت المصلحة العامة نزعها ، وقد ثبت أن رسول الله ﷺ حمى أرضاً بالمدينة وهو النقيع (موضع معروف بالمدينة) لترعى فيها خيل المسلمين[5] أي أنه جعلها مشاعة لجميع الناس ، أي

---

(١) المغني : ٢٨/٣ ، ٥٢٠/٥ .

(٢) نوع من الدواء .

(٣) البرام ـ بكسر الباء جمع برمة ـ بضم الباء : وهي القدر من الحجارة .

(٤) المغني : ٥٢٠/٥ .

(٥) روى أحمد وابن حبان عن ابن عمر أن النبي ﷺ حمى النقيع للخيل ـ خيل المسلمين . ورواه أحمد وأبو داود =

مؤممة للجماعة بتعبير العصر. وحمى عمر رضي الله عنه أرضاً بالرَبذة والشرَف (وهما موضعان بين مكة والمدينة) وجعل كلأهما للمسلمين كافة ، فجاءه أهلها يشكون قائلين : « يا أمير المؤمنين ، إنها أرضنا ، قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها ، علام تحميها ؟» فأطرق عمر وقال : « المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل في سبيل الله ـ أي إعداد خيول الجهاد ـ ما حميت من الأرض شبراً في شبر» وظاهر هذا الأثر أن حمى عمر كان في أرض لأهلها فيها منافع ومرافق بسبب الجوار، ولم يمنعه من حمايتها على أهلها حين دعت إلى ذلك مصلحة عامة[1] ، مثل شركات المياه والكهرباء والنفط وخطوط النقل الجوية والبرية والبحرية ونحوها من المرافق الحيوية ذات النفع العام للبلاد .

القيد الثالث ـ حقوق الجماعة في ملكيات الأفراد :

للجماعة أو للدولة حقوق في أموال وملكيات الأفراد يترتب على أدائها تفتيت الثروات الضخمة ؛ لأن الإسلام يكره تكديس الأموال واكتنازها وتضخيم الملكيات[2] ، فيجب مساهمة ذوي الحاجات في أموال الأغنياء تحقيقاً للعدالة

= عن الصعب بن جثامة أن النبي ﷺ حمى النقيع ، وقال « لا حمى إلا لله ولرسوله » للبخاري منه : « لا حمى إلا لله ولرسوله » وقال : « بلغنا أن النبي ﷺ حمى النقيع ،وأن عمر حمى الشرف والربذة » (انظر جامع الأصول : ٣٣١/٣ ، مجمع الزوائد : ١٧١/٤ ، نيل الأوطار : ٣٠٨/٥) ويكون حمى الأرض بجعلها حرماً يمنع غير حاميها من الرعي والإقامة ، والحمى كان الغرض منه مجرد انتفاع مقصور على الحامي مدة موقوتة تتحدد بصلاحية المكان للرعي ، فإذا انتهت صلاحيته انتهت حمايته .

(١) الأموال لأبي عبيد : ص ٢٩٤ ـ ٣٠٢ ، بحث الاستاذ علي الخفيف « الملكية الفردية وتحديدها في الإسلام » : ص ١٠٨ من كتاب المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية .

(٢) هناك آيات قرآنية كثيرة في هذا المعنى مثل قوله تعالى ﴿ والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم ﴾ ﴿ ولو بسط الله الرزق لعباده لبغوا في الأرض ولكن ينزل بقدر ما يشاء ﴾ ﴿ كلا إن الإنسان ليطغى ، أن رآه استغنى ﴾ ﴿ كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ﴾ ﴿ وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين ﴾ .

الاجتماعية في توزيع الثروات ، كما يجب على الأغنياء المساهمة في دعم موارد الخزينة العامة للمحافظة على كيان الأمة . وهذه الحقوق العامة للجماعة في أموال الأغنياء أو الموارد المالية للدولة تتلخص فيما يأتي[1] :

١ ـ الزكاة : هي تشريع إلزامي في الإسلام يجب على الأغنياء القيام بتنفيذه ، وتقوم الدولة بجباية الزكوات من أصحاب رؤوس الأموال ، ولها أن تجبرهم على أدائها ، فليست الزكاة صدقة ممتهنة ، كما فهم بعض الكاتبين في الصحافة الحديثة ، كما أنها ليست إذلالاً للفقير ، وإنما هي حق مستقيم واجب ديانة وقانوناً ، وهي تؤخذ من الأموال النامية المنتجة ، وهي أربعة أقسام في عرف المسلمين في الماضي :

أ ـ النعَم : وهي الإبل والبقر والغنم التي ترعى أغلب العام في عشب مباح ، ومقادير المأخوذ منها معروفة في كتب السنة والفقه .

ب ـ النقدان : الذهب والفضة بنسبة ربع العشر ٢,٥ ٪ ، ويمثلها في عصرنا الأوراق النقدية .

جـ ـ أموال التجارة بنسبة ربع العشر .

د ـ الزروع والثمار بنسبة العشر فيما يسقى بغير آلة ، ونصف العشر إن كانت تسقى بآلة .

٢ ـ تأمين حاجيات الدفاع عن البلاد : إذا اقتضت حاجات الدفاع عن الأمة أو الجهاد في سبيل الله بعض الأموال ، ولم يكن في الخزينة العامة ما يكفي لسد تلك الحاجة ، فعلى الدولة أن تفرض في أموال الناس من الضرائب بقدر ما يندفع به الخطر عملاً بالمصالح المرسلة ، وقد نص على ذلك كثير من علماء الإسلام مثل الغزالي

---

(١) انظر اشتراكية الإسلام للسباعي : ص ١٢١ ، ١٢٦ وما بعدها ، التكافل الاجتماعي في الإسلام للأستاذ محمد أبو زهرة . ص ٧٩ وما بعدها .

والقرافي والشاطبي والقرطبي وابن حزم والعز بن عبد السلام وابن عابدين[١] .

٣ ـ كفاية الفقراء : وللدولة أيضاً أن تطالب الأغنياء بإغناء الفقراء ، فهي ممثلة لهم ، قال عليه الصلاة والسلام ـ فيما يرويه علي بن أبي طالب رضي الله عنه : « إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا أو عروا إلا بما يصنع أغنياؤهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ويعذبهم عذاباً أليماً »[٢] وقال عليه السلام أيضاً « أيما أهل عَرْصة (أي بقعة) أصبح فيهم امرؤ جائعاً فقد برئت منهم ذمة الله تبارك وتعالى »[٣] .

وقال عليه الصلاة والسلام أيضاً : « إن في المال حقاً سوى الزكاة »[٤] ، وقال سيدنا عمر رضي الله عنه : « لو استقبلت من أمري ما استدبرت لأخذت فضول أموال الأغنياء ، فرددتها إلى الفقراء » . قال ابن حزم[٥] في كتاب المحلى : « فرض على الأغنياء

---

(١) انظر الوسيط في أصول الفقه للمؤلف : ص ٤٢٤ ، الاعتصام : ١٢١/٢ ، ط التجارية ، الفروق : ١٤١/١ ، ط دار إحياء الكتب ، المستصفى : ٣٠٣/١ ، حاشية ابن عابدين : ٤٢/٢ ، ط الميمنية ، المحلى : ١٥٦/٦ ـ ١٥٩ ط ١٣٤٩ هـ .

(٢) رواه الطبراني في الأوسط والصغير وقال : تفرد به ثابت بن محمد الزاهد ، قال الحافظ ابن حجر : وثابت ثقة صدوق روى عنه البخاري وغيره ، وبقية رواته لابأس بهم ، وروي موقوفاً على علي رضي الله عنه وهو أشبه (انظر الترغيب والترهيب : ٥٣٨/١ ، مجمع الزوائد : ٦٢/٣) .

(٣) رواه الحاكم وأحمد بلفظ « من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برئ من الله ، وبرئ الله منه ، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله » وفي إسناده أصبغ بن زيد وكثير بن مرة ، والأول مختلف فيه ، والثاني قال ابن حزم : إنه مجهول ، وقال غيره : معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة واحتج به النسائي (انظر نيل الأوطار : ٢٢١/٥) .

(٤) رواه الترمذي عن فاطمة بنت قيس بلفظ « إن في المال حقاً سوى الزكاة » وتلا قوله تعالى ﴿ ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر ﴾ . وقال : « إسناده ليس بذاك » (انظر التلخيص الحبير : ص ١٧٧ أحكام القرآن للجصاص : ١٥٣/١) وروى ابن حزم عن ابن عمر أنه قال : « في مالك حق سوى الزكاة » ثم قال : وصح عن الشعبي ومجاهد وطاوس وغيرهم كلهم يقول : في المال حق سوى الزكاة ، ثم ذكر أنه لاخلاف في هذا إلا عن الضحاك بن مزاحم ، وهو ليس بحجة .

(٥) يعتبر ابن حزم بعد أبي ذر الغفاري مفكر الاشتراكية الإسلامية ، فهو أول من نظر في استنباط الأحكام إلى الحياة الإنسانية التي جاءت الأحكام لتنظيمها ، فأحس بمشكلة الفقر في المجتمع ، وأهم مظاهر الفقر : الجوع =

من كل بلد أن يقوموا بفقرائهـا ، ويجبرهم السلطـان على ذلـك إن لم تقم الزكوات بهم ولا في سائر أموال المسلمين ،فيقـام لهم بمـا يـأكلون من القوت الـذي لابـد منـه ، ومن اللبـاس في الشتـاء والصيف بمثل ذلـك ، وبمسكن يكنهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة »[1] .

٤ ـ الإنفاق على الأقارب : يجب على الإنسان أن يكفي أقاربه إذا كانوا محتاجين كالآبـاء والأجـداد والأبنـاء وفروعهم . وأمـا الإخـوة وفروعهم والأعمـام والعمات والأخوال والخالات ، فقد اختلفت المذاهب في أمر الإنفاق عليهم ، فـأوجب الحنفيـة الإنفـاق على كل ذي رحم محرم كالعم والأخ وابن الأخ والعمـة والعم والخـال ، وألـزم الحنابلة النفقة لكل قريب وارث بفرض أو تعصيب كالأخ والعم وابن العم ، ولا تجب لذوي الأرحام كبنت العم والخال والخالة .

٥ ـ صدقات الفطر : تجب صدقة الفطر على الرجل بالنسبة لمن تلزمه نفقتهم من زوجة وولد وخادم .

٦ ـ الأضـاحي : تجب الأضحيـة مرة في كل عـام عنـد أبي حنيفـة ، وهي سنـة مؤكدة عند جمهور الأئمة .

٧ ـ النـذور والكفـارات : يجب على المسلم أن يفي بنـذره إذا نـذر أن يتبرع لله بمال ، كما يجب عليه الكفارة بإطعام الفقراء والمسـاكين جزاء لبعض الآثـام كالحنث في اليمين والظهار ، أو بسبب الإخلال ببعض الواجبات الـدينيـة كالإفطـار في رمضـان

= والعري وفقد المأوى ، وهذه في الواقع هي الحاجات الأساسية للبشرية ، ثم قرر أن الزكاة ليست كل الواجب ، وأن الواجب الإسلامي لا يتم إلا بتحقيق وسائل الحياة الكريمة للطبقة الفقيرة ، وبذلك يكون للفقراء حق في أموال الأغنياء غير مقيد بالزكاة ، وأن للدولة أن تأخذ من الأغنياء ما يمكن أن يسد حـاجـات الفقراء (انظر بحث الدكتور إبراهيم اللبـان وموضوعـه « حق الفقراء في أموال الأغنيـاء » المنشور مع بحوث المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية : ص ٢٤٩ وما بعدها .

(١) المحلى : ٤٥٢/٦ م ٧٢٥ .

بالنسبة للعاجز أو الذي ينتهك حرمة الصيام بالجماع نهاراً ، ونحوه كالواجبات التي تجب أثناء الإحرام بالحج .

وهناك أوجه كثيرة للإنفاق في سبيل الله حث عليها الإسلام ، كما أن هناك موارد أخرى لبيت المال كالأوقاف والغنائم ، وهو ما يحقق معنى التكافل الاجتماعي في الإسلام .

وهناك أيضاً قيود أخلاقية دينية على الأموال ، فينبغي على الدولة ملاحظة المكاسب لمنع الاستغلال واختلال توازن الثروات ، مثل تحريم الربا والاحتكار والميسر والغش والتغرير والغبن والتدليس وإنقاص المكيال والميزان ونحوه .

والخلاصة : أن هناك قيوداً كثيرة في الإسلام على حق الملكية الشخصية ، منها ما هو قانوني إلزامي ، ومنها ما هو أخلاقي ديني يتطلب فهماً صحيحاً وتطبيقاً شاملاً لدين الإسلام ؛ لأن الإسلام منهج عام شامل للحياة وكل لا يتجزأ ، وتشريعاته حتى العبادات منها يكمل بعضها بعضاً ،لمعالجة كل متطلبات الحياة الحديثة وضرورات الاقتصاد المعاصر .

الباب الثاني

توابع الملكية

وتشمل اثني عشر فصلاً :

الفصل الأول

أحكام الأراضي

الأراضي الخاضعة للسلطة الإسلامية إما جديدة آلت إلى المسلمين بالاستيلاء أو الفتح ، وإما قديمة استقر بها المسلمون . وسنبحث هذين النوعين على النحو التالي :

أولاً ـ أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح .

ثانياً ـ أحكام الأراضي المستقرة في داخل الدولة .

ونبدأ بالنوع الأول .

أولاً ـ أحكام الأراضي المستولى عليها بالفتح :

الأراضي التي استولى عليها المسلمون تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أرض ملكت عَنْوة وقهراً ، وأرض ملكت عفواً لجلاء أهلها عنها ، وأرض استولي عليها صلحاً .

١ ـ الأراضي التي فتحت عنوة :

تنتقل ملكية الأراضي إلى الفاتحين بمجرد الاستيلاء عليها عند المالكية على المشهور، والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية ؛ لأنها مال زال عنه ملك المحاربين بالاستيلاء عليه ،فصار كالمباح تسبق إليه اليد ، فيتم تملكه بإحرازه .

وعند الشافعية : تملك الأراضي والمنقولات بالاستيلاء والقسمة بالتراضي أو اختيار تملكها .

وعند الحنفية : لا تنتقل ملكية الأراضي إلا بالضم إلى دار الإسلام أو حيازتها فعلاً ، وجعلها جزءاً من دار الإسلام .

وموات الأرض التي فتحت عنوة أو صلحاً لا يملك إلا بالإحياء بالاتفاق[1] .

واختلف الفقهاء في حكم مالك هذه الأرض بعد الاستيلاء عليها :

أ ـ فذهب جمهور الصحابة والشافعية والظاهرية[2] : إلى أنه تنتقل ملكية هذه الأراضي من أصحابها إلى المسلمين ، كالغنائم ، الخمس لمن ذكرتهم آية الغنائم : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول .. ﴾ والغنائم ما أخذ من أموال أهل الحرب عنوة بطريق القهر والغلبة .

والأربعة الأخماس الباقية للغانمين . فإن طابت بتركها نفوس الغانمين بعوض أو غيره ، وقفها ولي الأمر على مصالح المسلمين .

ب ـ وقال المالكية في المشهور عندهم ، والإمامية[3] : تصبح هذه الأراضي وقفاً على المسلمين ، بمجرد الحيازة ، دون أن تحتاج إلى وقف الإمام ، ولا تكون ملكاً لأحد ، ويصرف خراجها[4] في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة ، وبناء القناطر والمساجد ،

---

(١) الخرشي ، الطبعة الثانية : ١٢٨/٣ ، تأسيس النظر للدبوسي : ص ٥٧ ، مغني المحتاج : ٢٣٤/٤ ، المهذب : ٢٤١/٢ ، القواعد لابن رجب : ص ١٨٩ ، ٤١١ وما بعدها ، المغني : ٤٢٢/٨ ، مفتاح الكرامة : ٧/٧ ، البحر الزخار : ٢١٥/٢ .

(٢) الأم : ١٠٣/٤ ، ١٩٢ ، مخطوط الروضة للنووي : ٢ ق ٢٤/ب ، المحلى : ٢٤١/٧ .

(٣) الخرشي : ١٢٨/٣ ، ط ثانية ، المدونة : ٢٧/٣ ، الحطاب : ٣٦٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، ط تونس ، الكافي للكليني : ٦٢٦/١ ، مفتاح الكرامة : ٢٣٩/٤ وما بعدها ، الشرح الرضوي : ص ٣١٠ ، الروضة البهية : ٢٢٢/١ ، المختصر النافع في فقه الإمامية : ص ١٣٨ .

(٤) الخراج لغة : هو ما حصل عليه من ريع أرض أو كرائها أو أجرة غلام ونحوه ، ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجاً ، فيقع على الضريبة والجزية ومال الفيء ، ويختص في الغالب بضريبة الأرض .

وغيرهـا من سبـل الخير، إلا أن يرى ولي الأمر في وقت من الأوقـات أن المصلحـة تقتضي القسمة .

ج ـ وقـال الحنـابلـة في أظهر الروايـات عن أحمـد[1] : إن الإمـام يفعل مـا يراه الأصلح من قسمتهـا ووقفهـا ، نظير خراج دائم يقرر عليهـا كالأجرة ، وتكـون أرضـاً عشرية خراجية ، العشر على المستغل ، والخراج على رقبة الأرض .

د ـ وقال الحنفية والزيديـة[2] : الإمـام بـالخيـار ، إن شـاء قسمهـا بين المسلمين ، كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر ، وإن شاء أقر أهلها عليها ، ووضع على رؤوسهم الجزية ، وعلى أراضيهم الخراج ، فتكون أرض خراج ، وأهلهـا أهل ذمـة . قـال ابن عـابـدين : القسمة بين الغانمين أولى عند حـاجتهم ، وتركهـا بيـد أهلهـا أولى عنـد عـدم الحـاجـة لتكون عدة للمسلمين في المستقبل .

الأدلة :

يتضح مما سبق أن الفقهـاء متفقون على جوازقسمـة الغنـائم بين الغـانمين ، لعموم قـولـه تعـالى ﴿ واعلمـوا أنمـا غنمتم من شيء ، فـأن لله خمسـه وللرسـول ولـذي القربى واليتـامى والمسـاكين وابن السبيـل .. ﴾ أي أن خمس الغنيمـة لمن ذكرتهم الآيـة ، أو للدولة ، والأربعة الأخماس الباقيـة ملـك للغـانمين من غير خلاف بين الأئمـة ، بـدليل إسناد الحق في الغنيمة للغانمين في قوله تعالى : ﴿ غنمتم ﴾ أسنـده إليهم إسنـاد الملـك إلى مالكه .

وبدليل ما بينته السنة بقوله ﷺ وفعله ، أما قولـه فمثل : « أيمـا قريـة أتيتموهـا

(١) زاد المعـاد : ١٧٣/٢ ، الشرح الكبير للمقـدسي : ٥٣٨/١ ، المحرر : ١٧٨/٢ ، أحكام أهـل الـذمـة لابن القيم : ص ١٠٢ .

(٢) المبسوط : ١٥/١٠ ، ٣٧ ، درر الحكام : ٢٨٥/١ ، فتح القدير : ٣٠٣/٤ ، حاشية ابن عـابدين : ٣١٦/٣ ، ٣٥٣ ، البحر الزخار : ٩١٢/٢ .

وأقمتم بها فسهمكم فيها ، وأيما قرية عصت الله ورسوله ،فإن خمسها لله ورسوله ، ثم هي لكم »[1] ، فالمراد بالقرية الأولى : الفيء ، ويصرف مصارفه ، والمراد بالقرية الثانية : ما أخذ عنوة ، فيكون غنيمة يخرج منه الخمس ، وباقيه للغانمين ، وهو معنى قوله : « ثم هي لكم » أي باقيها .

وأما ما فعله عليه الصلاة والسلام : فالثابت عنه أنه قسم خيبر بين الغانمين بعد أن فتحت عنوة أي قهراً لا صلحاً ، وقسم أيضاً أموال بني قريظة وبني النضير[2] كما ذكر ابن القيم في زاد المعاد .

وأما المدينة ففتحت بالقرآن وأسلم عليها أهلها فأقرت بحالها . وأما مكة ففتحها الرسول ﷺ عنوة ، ولم يقسمها .

وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « أما والذي نفسي بيده ،لولا أن أترك آخر الناس ببّاناً[3] ، ليس لهم شيء ، ما فتحت علي قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر ، ولكني أتركها خزانة لهم ، يقتسمونها »[4] ، فكان رأي عمر أن يترك الأرض ولا يقسمها .

هل القسمة ملزمة للإمام أم له الخيار في أمور أخرى ؟

أ ـ قال الشافعية والظاهرية : يجب قسمة الأراضي بين الغانمين ، كسائر الأموال ، عملاً بمقتضى القرآن والسنة ، إذ لا فرق بين العقار والمنقول ، وعموم آية

---

(١) رواه أحمد ومسلم وأبو داود (شرح مسلم للنووي : ٦٩/١٢ ، الأموال لأبي عبيد : ص ٥٧) .

(٢) انظر شرح مسلم : ٩١/١٢ ، ١٦٤ ، عيني بخاري : ٤٦/١٥ ، سنن أبي داود : ٢١٧/٣ ، زاد المعاد : ٦٨/٢ ، نيل الأوطار : ١٢/٨ .

(٣) الببان : المعدم الذي لا شيء له . والمعنى : لولا أني أتركهم فقراء معدومين لاشيء لهم أي متساوين في الفقر ، لأنه إذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنية ، ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء منها ، فلذلك تركها لتكون بينهم جميعاً (فتح الباري : ٣٩٥/٧ ، النهاية لابن الأثير : ٦٩/١) .

(٤) صحيح البخاري : ٨٦/٤ .

الغنائم : ﴿ واعلموا أنما غنمتم ... ﴾ بوجوب القسمة يتفق مع فعله ﷺ الذي يجري مجرى البيان للمجمل ، فضلاً عن العام[1] .

وأما آية الحشر : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم .. ﴾ فهي في الفيء (أي الأموال الآيلة للمسلمين بدون قتال) على ما هو الظاهر منها .

وإذا لم يقسم الإمام الأرض ، فعليه أن يستطيب الغانمين ، كما استطاب رسول الله ﷺ أنفس الغانمين يوم حنين ممن صار في يديه سبي هوازن ، وكما فعل في خيبر وبني قريظة[2] ، وكما استطاب عمر بن الخطاب الغانمين بعد فتح سواد العراق بعوض أو بغيره ، فصارت الأرض وقفاً أي فيئاً للمصالح العامة بعد أن كانت غنيمة ، فقد أعطى عمر جريراً البَجَلي عوضاً من سهمه ، وأعطى امرأة بجلية عوضاً من سهم أبيها ؛ لأن حق الغانمين قد ثبت في الغنيمة بعد الفتح بالاستيلاء ، فلا يملك الإمام إبطال هذا الحق بترك الأرض في أيدي أهلها كالمنقول ، ومن يطب نفساً منهم فهو أحق بحقه[3] .

ب ـ وقال المالكية في المشهور عندهم والإمامية[4] : تصبح الأرض وقفاً بمجرد الاستيلاء عليها ، أي كأثر طبيعي لازم دون حاجة لصيغة الإمام ، ولا لتطييب أنفس المجاهدين ، محتجين بفعل عمر ، حيث وقف الأراضي التي افتتحها كمصر والشام والعراق .

جـ ـ وقال الحنفية والحنابلة : إن الأصل المقرر أن يكون للإمام الخيار في الأراضي ، فله أن يقسمها ، وله أن يتركها وقفاً ، وعمر رضي الله عنه قد استعمل

---

(١) بداية المجتهد : ٣٨٨/١ ، مجمع الزوائد : ٣٤٠/٥ .

(٢) رواه البخاري والبيهقي وغيرهما (سنن البيهقي : ٦٤/٩ ، ١٣٦ ، البداية والنهاية : ٣٥٢/٤) .

(٣) مغني المحتاج : ٢٣٤/٤ ، شرح المجموع : ٢٧٤/١ .

(٤) الحطاب : ٣٦٦/٣ ، منح الجليل : ٧٣٥/١ ، بداية المجتهد : ٣٨٧/١ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، مفتاح الكرامة : ٦/٧ .

حقه ، فقرر أن تكون وقفاً ، أي ملكاً للجماعة الإسلامية بأن تكون ملكية الرقبة للدولة ، وملكية المنفعة فقط لأهلها القائمين عليها .

أدلة القائلين بإعطاء الخيار للإمام في وقف الأرض :

استدل هؤلاء ، وهي في الواقع أدلة لعمر بما يأتي :

١ ـ إن آية الأنفال : ﴿ واعلموا أنما غنمتم .. ﴾ وآيات الحشر : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم .. ﴾ (٦ ـ ١٠) واردة في موضوع واحد ، ولكن آية الحشر مخصصة لآية الأنفال ، أي أنه بعد أن كانت الثانية شاملة للأرض والمنقول ، خصصتها آية الحشر بما عدا الأرض . أما الأرض فقد أعطت آية الحشر الحق للإمام في أن يتصرف بما يجده من المصلحة : إما أن يقف الأرض ، أو يقرها في أيدي أهلها ويضع عليها الخراج ؛ لأن آية الأنفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة بين المسلمين جميعاً دون التخميس ، والدولة مفوضة في الأمر ، فيكون الإمام مخيراً بين التخميس وترك التخميس ، وبذلك يجمع بين الآيتين[١] ، والجمع بين الأدلة عند كثير من الأصوليين مقدم على القول بالنسخ ، أي بنسخ آية الحشر لآية الأنفال ، كما قال بعضهم[٢] .

والرسول عليه السلام قد عمل بآية الأنفال ، وعمر قد عمل بآية الفيء ، وليس فعل النبي ﷺ براد لفعل عمر ؛ لأن فعل الرسول إما على سبيل الإباحة لجهالة صفة الفعل منه ، وإما على سبيل الوجوب فهو واجب مخير ، بدليل الآية التي استنبط منها عمر خصلة الواجب الأخرى[٣] ، قال عمر : فاستوعبت هذه الآية (آية الحشر) الناس

---

(١) الفيء : ما أخذ بغير قتال ، مصروفاً لمصالح المسلمين يفعل ولي الأمر في ذلك ما يراه مصلحة ، ولا يخمس الفيء عند الجمهور خلافاً للشافعية والزيدية . (بداية المجتهد : ٣٢١/١ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٧ ، ١٥٠ ، نهاية المحتاج : ١٠٦/٥ ، البحر الزخار : ٤٤٢/٥) .

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد : ٢٧١/١ وما بعدها .

(٣) مخطوط الدرة اليتيمة في الغنية للشيخ الفزاري : ق ١٠٢ .

إلى يوم القيامة[1] ، وقال أيضاً : « والله مـامن أحـد من المسلمين إلا ولـه حق في هـذا المال أعطي منه أو منع ، حتى راعٍ بعدن »[2] .

وبنـاء عليـه شملت آيـة الحشر جميـع المـؤمنين ، وشركت آخرهم بـأولهم في الاستحقاق . ولا سبيل إليه إلا بعدم قسمة الأرض ، وهو معنى وقفها عنـد المـالكيـة . وليس معناه الوقف الذي يمنع من نقل الملك في الرقبـة ، بل يجوز بيع هـذه الأرض ، كما هو عمل الأمـة ، وقـد أجمع العلمـاء على أنهـا تـورث ، والـوقف لا يـورث ، إلى آخر ما هنالك من فروق[3] .

٢ ـ ترك رسـول الله ﷺ قرى لم يقسمهـا ، وقـد ظهر على مكـة عنـوة[4] ، وفيهـا أمـوال ، فلم يقسمهـا ، وظهر على قريظـة والنضير ، وعلى غير دار من دور العرب ، فلم يقسم شيئـاً من الأرض غير خيبر . فكان الإمـام بـالخيـار : إن قسم كما قسم رسـول الله ﷺ فحسن ، وإن ترك كما ترك رسول الله غير خيبر فحسن[5] .

٣ ـ إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، على ما ارتآه عمر ، حينمـا فتح سواد العراق ، فقـد ترك الأراضي في أيـدي أهلهـا ، وضرب على رؤوسهم الجـزيـة ، وعلى أراضيهم الخراج ، بمحضر من الصحابة محتجاً بآيات الحشر السـابق ذكرهـا ، ولم ينقل أنـه أنكر عليـه منكر ، فكان ذلـك إجمـاعـاً منهم . ومن خـالف منهم في مبـدأ الأمر كبـلال وسلمان ، عاد فوافق بعدئذ[6] .

---

(١) رواه أبو داود (سنن أبي داود : ١٩٥/٣ ، القسطلاني : ٢٠١/٥) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة والبيهقي (سنن البيهقي : ٣٥١/٦) .

(٣) المنتقى على الموطأ : ٢٢٣/٣ وما بعدها ، زاد المعاد : ٦٩/٢ .

(٤) كما خرج مسلم في صحيحه ، وهو الأصح عند العلماء (بداية المجتهد : ٣٨٨/١) .

(٥) القسطلاني شرح البخاري : ٢٠٢/٥ ، زاد المعـاد : ٦٩/٢ ، الخراج لأبي يوسف : ص ٦٨ ، القيـاس لابن تيميـة : ص ٤٠ .

(٦) انظر الخراج لأبي يـوسف : ص ٢٧ ، ٣٥ ، شرح السير الكبير : ٢٥٤/٣ ، القسطـلاني : ٢٠٠/٥ ، الأمـوال : ص ٥٨ .

٤ ـ المعقول : إذا قسمت بين الغانمين الأرض المفتوحة التي كادت أن تشمل معظم العالم في أوج الفتوحات الإسلامية ، فماذا يبقى لمن يأتي بعدهم ؟

ومن أين تجد خزانة الدولة نفقاتها لإنفاقها في المصالح العامة للمسلمين ؟

لهذا قال عمر ، بعد أن تلا آيات الفيء في سورة الحشر : « قد أشرك الله الذين يأتون من بعدكم في هذا الفيء ، فلو قسمته لم يبق لمن بعدكم شيء ، ولئن بقيتُ ليبلغن الراعي بصنعاء نصيبه من هذا الفيء ، ودمه في وجهه »

وقال أيضاً : « أرأيتم هذه الثغور لابد لها من رجال يلتزمونها ، أرأيتم هذه المدن العظام ، كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر ، لابد لها من أن تشحن بالجيوش وإدرار العطاء عليهم ، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج ؟ » فقالوا جميعاً : الرأي رأيك ، فنعم ما قلت وما رأيت[1] .

وإذا قسمت الأرض بين الغانمين واشتغلوا بالزراعة ، وتركوا الجهاد ، فسرعان ما تضعف الأمة الإسلامية ، وتصبح نهبة للطامعين ؛ بل إن في ذلك أمراً مهماً بالنسبة للاقتصاد العام ، حيث يحافظ على الإنتاج ، لو تركت الأرض في أيدي أهلها لطول خبرتهم بها ، وتمرنهم على شؤون الزراعة ، بخلاف العرب الذين لم يكونوا يألفون حياة الزراعة والاستقرار في المدينة .

يتلخص من هذه الأدلة : أنه قد حصل بدلالة الآية وإجماع السلف والسنة تخيير الإمام في قسمة الأرضين ، أو تركها ملكاً لأهلها ، ووضع الخراج عليها .

وأرجح اعتبار الفيء والغنيمة بمعنى واحد : وهو كل ما جاء من العدو ، كما تقتضي اللغة ، فيخير الإمام بكل منهما على حدة بين القسمة وعدمها وفق مقتضيات المصلحة العامة كما رأى عمر رضي الله عنه .

---

(١) شرح السير الكبير : ٢٥٤/٣ ، الخراج لأبي يوسف : ص ٢٤ وما بعدها ، الأموال لأبي عبيد : ص ٥٧ ، فتوح البلدان : ص ٢٧٥ .

٢ ـ الأرض التي جلا عنها أصحابها خوفاً :

هذا النوع الثاني من الأرضين هو المعروف لدى الفقهاء بالفيء : وهو المال الذي حصل من الحربيين بلا قتال ولا إيجاف خيل ولا ركاب ، كالجزية والعشور التجارية[١] .

وحكمها أنها تنتقل ملكيتها إلى بيت المال بالاستيلاء عليها ، وتصير أملاك دولة ، وعبر عنها الفقهاء بأنها تصير وقفاً : أي ملكاً للأمة الإسلامية بمجرد الاستيلاء عليها ، ويضع الإمام عليها خراجاً يؤخذ كأجرة ممن يعامل عليها من مسلم أو معاهد . وصيرورتها وقفاً لأنها ليست غنيمة ، فكان حكمها حكم الفيء يكون للمسلمين كلهم . ولم يختلف في هذا فقهاؤنا بالنسبة للعقار ، إلا أن الشافعية والحنابلة في قول عندهم ذكروا أن وقفها يحتاج إلى صيغة من الإمام ، لتصبح هذه الأرض وقفاً ، والراجح خلافه[٢] .

أما المنقول في الفيء : فيوقف أيضاً عند الجمهور ، ويصرف لمصالح المسلمين ، أي الأمر فيه للإمام يفعل ما يراه مصلحة . ويخمس عند الشافعية المنقول كالغنيمة ؛ لأن آية الفيء : ﴿ ما أفاء الله على رسوله .... ﴾ مطلقة ، وآية الغنيمة : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء .... ﴾ مقيدة ، فحمل المطلق على المقيد ، جمعاً بينهما لاتحاد الحكم ، فإن الحكم واحد ، وهو رجوع المال من الحربيين للمسلمين ، وإن اختلف السبب بالقتال وعدمه[٣] .

غير أن مذهب الجمهور في هذا أصح ، ودليلهم ما روى مالك بن أنس عن عمر ،

---

(١) بداية المجتهد : ٣٨٩/١ ، المهذب : ٢٤٧/٢ ، نهاية المحتاج : ١٠٥/٥ ، أحكام أهل الذمة لابن القيم : ص ١٠٦ .

(٢) فتح القدير : ٣٥٣/٤ ، الخراج : ص ٢٣ ، الشرح الكبير للدردير : ١٧٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٦٦ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٣٣ ، ولأبي يعلى : ص ١٣٢ ، مغني المحتاج : ٩٩/٣ ، الشرح الكبير للمقدسي : ٥٤٢/١٠ ، كشاف القناع : ٧٥/٣ ، ط أنصار السنة ، المحرر : ١٧٩/٢ .

(٣) زاد المعاد : ٢٢٠/٣ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، ط تونس ، مغني المحتاج : ٩٣/٣ .

قال : كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ، فكانت للنبي ﷺ خاصة ، فكان ينفق على أهله نفقة سنة ، وما بقي يجعله في الكُراع (الخيول) والسلاح عُدَّة في سبيل الله[1] .

فقوله : « كانت للنبي ﷺ خاصة » يؤيد مذهب الجمهور في أنه لا يخمس الفيء ، إذ من المعروف أن فدَك والعوالي (أموال بني النضير في المدينة)[2] كانت للرسول ﷺ خاصة ، ولمن بعده من الأئمة ، لقوله تعالى : ﴿ وما أفاء الله على رسوله منهم .. ﴾ ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ﴾ أراد أن الفيء لا يقسم كالغنائم ، بدليل قوله تعالى : ﴿ كيلا يكون دُولة بين الأغنياء منكم ﴾

وإذا أراد الإمام تفريق الفيء بين المسلمين اتخذ ديواناً يحفظهم ويرتبهم ، ويجعل العطاء على حسب ما يتيسر له شهرياً أو غيره[3] .

٣ـ الأرض التي فتحت صلحاً :

يتحدد حكم هذا النوع من الأراضي بموجب عقد الصلح ، فهو إما أن يقع الصلح على أن تكون الأرض للمسلمين ،وإما أن يقع على أن تكون الأرض لأصحابها كأرض اليمن والحيرة .

ففي الحالة الأولى : تصبح الأرض وقفاً للمسلمين ، كأرض العنوة ، وتعتبر من بلاد الإسلام ، كالأرض التي جلا عنها أهلها ؛ لأن النبي ﷺ فتح خيبر ، وصالح أهلها على أن يعمروا أرضها ، ولهم نصف ثمرتها ، فكانت للمسلمين دونهم . قال ابن عمر رضي الله عنهما : « عامل النبي ﷺ خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع »[4] ، وصالح

---

(١) شرح مسلم : ٧٠/١٢ ، قال النووي : كانت أموال بني النضير أي معظمها .

(٢) سيرة ابن هشام : ٣٣٧/٢ .

(٣) البحر الزخار : ٤٤٢/٥ ، المهذب : ٢٤٨/٢ .

(٤) رواه البخاري والبيهقي وأبو داود (صحيح البخاري : ١٠٥/٣ ، ١٤٠/٥ ، سنن البيهقي : ١١٣/٦ ، سنن أبي داود : ٣٥٧/٢) .

النبي بني النضير على أن يجليهم من المدينة ، ولهم ما أقلت الإبل من المتعة والأموال إلا الحلقة (السلاح) وكانت مما أفاء الله على رسوله[1] .

ويوضع على هذه الأرض الخراج ، ويكون تابعاً لها ، فإذا اشترى مسلم بعضاً منها ، ظل ملتزماً بضريبة الخراج ؛ لأنه يعتبر أجرة في نظير الانتفاع بالأرض ، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء[2] .

وفي الحالة الثانية : تكون الأرض ملكاً لأهلها بموجب الصلح ، باتفاق الفقهاء ، ويلتزم المسلمون بتنفيذ شروط الصلح كاملة ، ما دام هؤلاء قائمين على الصلح ، ولكن يوضع الخراج على الأرض يؤدونه عنها ، ويكون لبيت المال[3] ، وهذا الخراج يعتبر في حكم الجزية ، فمتى أسلموا سقط عنهم عند الجمهور والشيعة الإمامية[4] ، بدليل ما كتب عمر بن عبد العزيز لعماله : ولا خراج على من أسلم من أهل الأرض .

أما عند الحنفية والشيعة الزيدية : فلا يسقط ؛ لأن الخراج عندهم فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة ، ولذا يبقى على المسلم ولا يبتدأ به[5] .

وتعتبر دار هؤلاء المصالحين دار عهد أو صلح عند الشافعية وبعض الحنابلة[6] ،

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسي : ٥٤٢/١٠ .

(٢) المدونة : ٢٦/٣ ، المنتقى على الموطأ : ٢١٩/٣ ، الخرشي : ١٤٩/٣ ، ط ثانية ، كشاف القناع : ٧٥/٣ ، المحرر : ١٧٩/٢ ، أحكام أهل الذمة : ص ١٠٦ ، مفتاح الكرامة : ٢٤٩/٤ ، المختصر النافع : ص ١٤ .

(٣) الخراج : ص ٦٣ ، تبيين الحقائق : ٢٧٤/٣ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣/٢ ، حاشية الدسوقي : ١٧٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ١٤٨ ، الأم : ١٠٣/٤ ، ١٩٣ ، الشرح الكبير للمقدسي : ٥٤٣/١٠ ، أحكام أهل الذمة : ص ١٠٥ ، غاية المنتهى : ٤٦٧/١ ، ويلاحظ أن هذه المصادر عند الحنابلة تقرر وجود الخراج لنا لكن ورد في كشاف القناع : ٦٨٦/٣ باب حكم الارضين المغنومة : لا خراج على أرض صولح أهلها على أن الأرض لهم ، كأرض اليمن والحيرة ، كما لا خراج على ما أحياه المسلمون كأرض البصرة .

(٤) لباب اللباب : ص ٧٣ ، سنن البيهقي : ١٤١/٩ ، المحرر في الفقه الحنبلي : ١٧٩/٢ ، مفتاح الكرامة : ٢٣٩/٤ ، المختصر النافع : ص ١١٤ .

(٥) التلويح على التوضيح : ١٥٢/٢ ، المنتزع المختار : ٥٧٥/١ .

(٦) الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٣٣ ، ولابي يعلى : ص ١٣٣ ، كشاف القناع : ٧٥/٣ .

وعند الجمهور تعتبر الدار بالصلح دار إسلام ، ويصير أهلها أهل ذمة تؤخذ منهم الجزية .

ثانياً ـ أحكام الأراضي في داخل الدولة :

الأراضي نوعان : أرض مملوكة وأرض مباحة . والمملوكة نوعان : عامرة وخراب ، والمباحة نوعان أيضاً : نوع هو من مرافق البلد للاحتطاب ورعي المواشي ، ونوع ليس من مرافقها وهو الأرض الموات أو ما يسمى الآن أملاك الدولة العامة ، والمقصود بالأرض العامرة هي التي ينتفع بها من سكنى أو زراعة أو غيرها . وأما الأرض الخراب فهي المعروفة بالأرض المملوكة الغامرة : وهي التي انقطع ماؤها أو لم تستغل بسكنى أو استثمار أو غيرهما . وسنعطي هنا فكرة إجمالية عن حكم كل أرض .

١ ـ حكم الأرض المملوكة العامرة : هو أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فيها من غير إذن صاحبها .

٢ ـ حكم الأرض الخراب التي انقطع ماؤها : هذه الأرض ملك لصاحبها ، وإن طال الزمان على خرابها ، حتى إنه يجوز له بيعها وهبتها وإجارتها وتورث عنه إذا مات .... هذا إذا عرف صاحبها ، فإن لم يعرف ، فحكمها حكم اللقطة .

وأما الكلأ[1] الذي ينبت في أرض مملوكة فهو مباح للناس غير مملوك لأحد ، إلا إذا قطعه صاحب الأرض ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار »[2] فإذا قطع الكلأ صاحب الأرض وأحرزه صار مملوكاً له ؛ لأنه

---

(١) الكلأ : الحشيش أو العشب الذي ينبت في الأرض من غير صنع أحد .

(٢) رواه أحمد وأبو داود عن بعض أصحاب النبي ﷺ بلفظ « المسلمون شركاء في ثلاثة : في الماء والكلأ والنار» وبلفظ « الناس شركاء .. » ورواه ابن ماجه عن ابن عباس ، وزاد « وثمنه حرام » ورواه الطبراني في معجمه عن ابن عمر ، ورواه غيرهم (راجع تحقيق وتخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٤٣٠/٣ وما بعدها ، نصب الراية : ٢٩٤/٤ ، سبل السلام : ٨٦/٣) .

استولى على مال مباح غير مملوك فيملكه كالماء المحرز في الأواني والظروف وسائر المباحات ، قال ﷺ : « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له »[1] .

والمروج غير المملوكة ، والآجام[2] غير المملوكة ، والسمك وسائر المباحات كالطير ، تعتبر في حكم الكلأ .

وأما الحطب والقصب في الأجمة المملوكة : فليس لأحد أن يقطعها إلا بإذن المالك ؛ لأن ذلك مملوك لصاحب الأجمة ينبت على ملكه ، وإن لم يوجد منه الإنبات أصلاً ؛ لأن ملك القصب والحطب مقصود من ملك الأجمة ، فيملك بملكها ، بخلاف الكلأ ، فإنه غير مقصود ، وإنما المقصود زراعة الأرض[3] .

وإذا كان الكلأ مستنبتاً في أرض مملوكة ، بفعل صاحبها وسقيه ، كان ملكاً خاصاً له .

٣ - حكم الأرض الموات : الأرض الموات كما عرفنا نوعان :

أحدهما : ما كان من مرافق أهل بلدة يستعمل مرعى للمواشي ومحتطباً لهم أو مقبرة لموتاهم أو ملعباً لصغارهم ، سواء أكانت داخل البلدة أم خارجها ، فيكون حقاً لهم لا مواتاً ، فلا يجوز للإمام أن يقطعه لأحد ، لما يترتب عليه من الاضرار بأهل البلدة ، ولكن ينتفع بالحطب والقصب الذي في هذه الأرض من قبل أهل البلدة وغيرهم ، وليس لهم أن يمنعوها عن غيرهم ؛ لأنها ليست مملوكة لهم .

والحد الفاصل فيما يعتبر قريباً من البلدة : هو المكان الذي يسمع فيه الرجل صوت الشخص الذي يناديه من آخر أرض مملوكة ، فإذا لم يسمع الصوت ، فهو موات

---

(١) رواه أبو داود عن أسمر بن مضرس ، وصححه الضياء في المختارة ، وقال البغوي : لاأعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث (نيل الأوطار : ٣٠٢/٥ وما بعدها) .

(٢) الاجمة بالتحريك : الشجر الكثير الملتف جمع أجم ، وأجم ، واجمات ، وجمع الجمع آجام

(٣) البدائع : ١٩٢/٦ وما بعدها .

لا يتبع تلك البلدة . ومثل أرض القرية : أرض الملح والقار[1] والنفط ونحوها مما لا يستغني عنه المسلمون ، فهي لا تعد أرض موات ، فلا يجوز إقطاعها لأحد ، وإنما تكون حقاً لجماعة المسلمين .

والثاني : مالا يكون تبعاً لقرية من القرى وهو الموات في اصطلاح الفقهاء .

والموات : هو مالا يملكه أحد ولا ينتفع به من الأراضي لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة : بأن غلبت عليه الرمال مثلاً ، ولا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمي ، وأن يكون في رأي أبي يوسف بعيداً عن القرية بحيث إذا وقف إنسان في طرف الدور ، فصاح ، لا يسمع الصوت من كان فيه .

إلا أن هذا الشرط الأخير لا يعتبر في ظاهر الرواية ، وإنما يكفي عدم ارتفاق أهل القرية به ، وإن كان قريباً منهم وهو المفتى به عند الحنفية . فإذا كانت الأرض مملوكة لأحد لم تكن مواتاً ، وإذا لم يعرف مالكها فهي لقطة يتصرف بها الإمام .

وإحياء الأرض . معناه إصلاحها ببناء أو غرس أو سقي أو تفجير ماء أو حرث بحيث تصبح الأرض منتفعاً بها[2] . أما لو وضع حول الأرض أحجاراً أو تراباً أو حاطها بحائط صغير ، وجعل ذلك حداً ، فإنه لا يملكها ؛ لأن هذا ليس بإحياء للأرض ، وإنما يصير متحجراً ، ويكون أحق بها من غيره باتفاق الأئمة[3] ، لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به » . وقوله عليه السلام أيضاً « منى مناخ من سبق »[4] .

---

(١) القار : مادة سوداء تطلى بها السفن ، وقيل هو الزفت .

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٩٤ ، تكملة فتح القدير : ٨ ص ١٣٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٥ ص ٣٠٦ .

(٣) تكملة فتح القدير : ص ١٣٨ ، البدائع : ص ١٩٥ ، الدر المختار : ص ٣٠٧ ، المراجع السابقة ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٧٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٦٦ ، المغني : ٥ ص ٥١٨ ، ٥٣٨ ، المهذب : ١ ص ٤٢٥ .

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن : أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي عن السيدة عائشة رضي الله عنها ، قال الترمذي : حديث حسن . والمناخ : مبرك الإبل ، ومحل الإقامة (راجع تحقيق وتخريج أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الأستاذ المنتصر الكتاني : ٣ ص ٤٤٢ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢) .

ومن حجر أرضاً ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الإمام ودفعها إلى غيره ؛ لأن التحجير كما قلنا ليس بإحياء ، وإنما هو إعلام بوضع الأحجار حول الأرض . وإعطاء المحتجر الحق في ترك الأرض له مدة ثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه : « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق »[1] ، ولأن هذه المدة يحتاج إليها لتهيئة الأمور والاستعداد لإتمام الأحياء .

هل يحتاج إحياء الموات إلى إذن الحاكم ؟: اختلف العلماء في ذلك ، فقال أبو حنيفة والمالكية[2] : يحتاج إحياء الموات إلى إذن الإمام أو نائبه ، لقوله ﷺ : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه »[3] فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به ، فلا يتملكه .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة[4] : يجوز تملك الأرض بالإحياء ، وإن لم يأذن الإمام فيه ، لقوله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق »[5] فهذا الحديث أثبت الملك للمحيي من غير اشتراط إذن الإمام ، ولأن إحياء الأرض مباح استولى عليه المحيي ، فيملكه بدون إذن الإمام ، كما لو أخذ إنسان صيداً أو حش كلأ .

---

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن سعيد بن المسيب (راجع نصب الراية : ٤ ص ٢٩٠ ، الخراج : ص ٦٥) .

(٢) البدائع : ٦ ص ١٩٤ ، تكملة فتح القدير : ٨ ص ١٣٦ ، الدر المختار : ٥ ص ٣٠٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٦٩ .

(٣) رواه الطبراني من حديث معاذ بن جبل ، وفيه ضعف (نصب الراية : ٣ ص ٤٣٠ ، ٤ ص ٢٩٠) .

(٤) مراجع الحنفية السابقة ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٦١ ، المغني : ٥ ص ٥١٣ وما بعدها .

(٥) روي عن ثمانية : وهم عائشة وسعيد بن زيد ، وجابر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وفضالة بن عبيد ، ومروان بن الحكم ، وعمرو بن عوف ، وابن عباس ، وحديث عائشة رواه البخاري وغيره (راجع نصب الراية : ٤ ص ٢٨٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٨٣) قال هشام بن عروة في تفسير « وليس لعرق ظالم حق » : الظالم : أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره ، فيغرس فيها .

هل للبئر أو النهر في أرض الموات حريم[1] ؟ إذا حفر الرجل بئراً في برية أو حفر نهراً في أرض موات ، فيعتبر الحفر إحياء للأرض ، ولكن هل للبئر أو للنهر حريم ؟

اتفق الفقهاء على أن للبئر والنهر حريماً لا يجوز للآخرين التعدي عليه بإحياء الأرض مثلاً فيه ؛ لأن الرسول عليه الصلاة والسلام جعل للبئر حريماً كما سنبين ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار حريم البئر. واتفق الحنفية على أن حريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب ، لقوله ﷺ : « للعين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً »[2] .

وأما حريم البئر والنهر ففيه خلاف : قال الحنفية : حريم بئر العطَن[3] : أربعون ذراعاً لقوله ﷺ : « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً[4] لماشيته[5] » .

وأما حريم بئر الناضح[6] : فعند أبي حنيفة : أربعون ذراعاً ، عملاً بإطلاق الحديث السابق ، ولأن حاجة الناضح تتحقق بأربعين ذراعاً من كل جانب كحاجة بئر العطن .

---

(١) الحريم : الموضع المجاور حول النهر أو البئر الذي تجب حمايته .

(٢) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب . ثم بين أول الحديث من زيادة الزهري (راجع نصب الراية : ٤ ص ٢٩٢) .

(٣) بئر العطن بتحريك العين والطاء : هي التي ينزح منها الماء باليد . والعطن : موطن الابل ومبركها ، أو مناخها حول الماء .

(٤) أي مبركاً للماشية .

(٥) رواه ابن ماجه والطبراني عن عبد الله بن مغفل . قال ابن حجر : وإسناده ضعيف ، لأن فيه اسماعيل بن أسلم ، ورواه أيضاً أحمد في مسنده عن أبي هريرة بلفظ : « حريم البئر أربعون ذراعاً من جوانبها كلها لأعطان الإبل ، والغنم ، وابن السبيل أو الشارب ، ولا يمنع فضل ماء ، ليمنع به الكلأ » (نصب الراية : ٤ ص ٢٩١ وما بعدها ، سبل السلام : ٣ ص ٨٥) .

(٦) بئر الناضح : هي التي ينزح منها الماء بالبعير . والناضح : البعير .

وعند الصاحبين : حريم بئر الناضح ستون ذراعاً عملاً بالحديث السابق : « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً » ولأنه قد يحتاج لهذه المسافة لتسيير الدابة للاستقاء .

وأما حريم النهر : فاختلف في تقديره أبو يوسف ومحمد . وقال أبو يوسف ، ورأيه هو المفتى به : يقدر بنصف أرض النهر من كل جانب . وقال محمد : يقدر بقدر عرض النهر من كل جانب[1] .

وفائدة تملك الحريم : هي أن من أراد أن يحفر فيه بئراً أو ينتفع به بشيء ، فإنه يمنع منه ، ولمالك الحريم ردم البئر التي تحفر ، أو تضمين الحافر النقصان ، ثم يردمه بنفسه .

وقال المالكية : إن ما يضر بالماء حريم لكل بئر ، ويزاد عليه بالنسبة لبئر الماشية والشرب ما لا يضايق الوارد الذي يشرب من هذه البئر[2] .

وقال الشافعية : حريم البئر المحفورة في أرض الموات : هو بقدر ما يقف فيه النازح منها على رأس البئر ليستقي إن كانت البئر للشرب ، وقدر ما يمر فيه الثيران إن كانت للسقي .

وحريم النهر عند الشافعية : هو ملقى الطين وما يخرج منه من الرواسب ، ويرجع فيه إلى أهل العرف في الموضع[3] . واستدلوا بالحديث السابق : « من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً .. » وبحديث مرسل عن سعيد بن المسيب : « حريم البئر البديء ـ أي المستحدث ـ خمسة وعشرون ذراعاً ، وحريم البئر العادية ـ أي القديمة ـ

---

(١) البدائع : ٦ ص ١٩٥ ، تكملة فتح القدير : ٨ ص ١٣٩ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار عليه : ٥ ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٤ ص ٦٧ .

(٣) المهذب : ١ ص ٤٢٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٦٣ .

خمسون ذراعاً ، وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع »[1] .

وقال الحنابلة : حريم البئر المستحدث خمسة وعشرون ذراعاً حواليها ، وحريم البئر القديم خمسون ذراعاً ، بدليل حديث ابن المسيب السابق[2] . وسيأتي في بحث إحياء الموات تفصيل الكلام في الحريم .

(١) رواه أبو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب . وأخرجه الدارقطني والخلال بإسنادهما عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً إلى النبي ﷺ ، وفيه ابن أبي جعفر ضعيف وهو عند أحمد عن أبي هريرة (نصب الراية : ٤ ص ٢٩٢ وما بعدها ، تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٣ ص ٤٣٩) .

(٢) المغني : ٥ ص ٥٤٠ .

الفصل الثاني

إحياء الموات

(استصلاح الأراضي والبناء فيها)

خطة البحث :

الكلام في هذا الموضوع يشمل ما يأتي :

المبحث الأول ـ تعريف إحياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه .
المبحث الثاني ـ ما يقبل الإحياء من الموات .
المبحث الثالث ـ كيفية الإحياء وطرقه ـ التحجير .
المبحث الرابع ـ شروطه .
المبحث الخامس ـ أحكامه ـ تملك الأرض ومقدار ما يملك (الحريم) .

المبحث الأول ـ تعريف إحياء الموات ومشروعيته والترغيب فيه شرعاً :

تعريف إحياء الموات : الإحياء لغة : جعل الشيء حياً ، أي ذا قوة حساسة أو نامية . والموات : ما لا روح فيه ، أو الأرض التي لا مالك لها ، أو الأرض الخراب الدارسة غير العامرة ، وبإيجاز : هو الأرض التي لم تعمر ، والمراد بإحياء الموات : التسبب للحياة النامية ، شبهت العمارة بالحياة ، وتعطيلها بعدم الحياة ، وإحياؤها : عمارتها .

وشرعاً : الإحياء : إصلاح الأرض الموات بالبناء أو الغرس أو الكِرَاب[1] ، أو غير ذلك . والموات : الأرض التي لا عمارة ولا ماء فيها ، ولا يملكها ولا ينتفع بها أحد[2] . أو هو عند الحنفية الأرض التي تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها ، أو لغلبته عليها ، غير مملوكة ، بعيدة من العامر . أو هو ما سلم عن اختصاص بإحياء أي بسبب إحياء[3] .

وحد الموات عند الشافعية : ما لم يكن عامراً ، ولا حريماً لعامر ، قرب من العامر أو بعد[4] .

ومضمون التعاريف : هو أن إحياء الموات في الغالب : يعني استصلاح الأراضي الزراعية أو جعلها صالحة للزراعة ، برفع عوائق الزراعة من أحجار وأعشاب منها ، واستخراج الماء ، وتوفير التربة الصالحة للزراعة ، وإقامة الأسوار عليها أو تشييد البناء فيها .

والإحياء ورد عن الشارع مطلقاً ، وما كان كذلك وجب الرجوع فيه إلى العرف ؛ لأنه قد يبين مطلقات الشارع ، والذي يحصل به الإحياء في العرف أحد خمسة أسباب : تبييض الأرض ، وتنقيتها للزرع ، وبناء الحائط على الأرض ، وحفر الخندق القعير الذي لا يطلع من نزله إلا بمطلع ، واستخراج الماء[5] .

مشروعيته : ثبتت شرعية إحياء الموات بالسنة النبوية في أحاديث كثيرة منها :

---

(١) كرب الأرض : قلبها للحرث .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، الشرح الكبير : ٦٦/٤ ، مغني المحتاج : ٣٦١/٢ ، كشاف القناع : ٢٠٥/٤ .

(٣) الكنز للنسفي مع تبيين الحقائق : ٣٤/٦ ، اللباب مع الكتاب : ٢١٨/١ وما بعدها .

(٤) مغني المحتاج ، المكان السابق .

(٥) سبل السلام : ٨٢/٣ .

« من أحيا أرضاً ميتة فهي له »[1] ، « من أحيا أرضاً ميتـة فهي لـه ، وليس لعرق ظالم حق »[2] « من عمر أرضاً ليست لأحد ، فهو أحق بها »[3] « من سبق إلى مـا لم يسبق إليه مسلم فهو له ، قال : فخرج الناس يتعادَوْن يتخاطُون »[4] .

دلت هذه الأحاديث على إباحة إحياء الأرض الميتة التي لا مالك لها ، ولم ينتفع بها أحد ، فيحييها الشخص بالسقي ، أو الزرع أو الغرس ، أو البنـاء ، أو بـالتحويـط على الأرض بمقدار ما يسمى حائطاً في اللغة . قال عروة : قضى عمر بن الخطـاب رضي الله عنه في خلافته وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحيـاء ، وإن اختلفوا في شروطه .

وتـدل الأحـاديث أيضـاً على أن الشرع رغب في الإحيـاء ، لحـاجـة النـاس إلى موارد الزراعة ، وتعمير الكون ، مما يحقق لهم رفـاهـاً اقتصـاديـاً ، ويوفر ثروة عـامـة كبرى .

المبحث الثاني ـ الموات القابل للإحياء :

لا تصلح كل أرض للإحياء ، وإنما منها ما يقبل الإحيـاء ، ومنهـا مـا لا يقبل . وقـد اتفـق الفقهـاء على أن الأرض التي لم يملكهـا أحـد ، ولم يـوجـد فيهـا أثر عمـارة وانتفاع ، تملك بالإحياء .

(١) رواه أحمد والترمذي وصححه عن جابر بن عبد الله ، قـال الترمـذي : هـذا حـديث حسن صحيح . وقـد رواه ثمان من الصحابة .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي ، وقال : هذا حديث حسن .

(٣) رواه مالك في موطئه ، وأحمد والبخاري وأبو داود عن عائشة . قـال ابن عبـد البر : وهو مسنـد صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم . وروى أبو عبيد في الأموال عن عائشة « من أحيـا أرضـاً ليست لأحـد فهو أحق بها » .

(٤) رواه أبو داود عن أسمر بن مضرس . ومعنى يتعـادون يتخـاطـون : المعـاداة : الإسراع بـالسير . ويتخـاطـون : يعملون على الأرض علامات بالخطوط ، وهي تسمى الخطط ، جمع خطة بكسر الخاء (راجع الأحـاديث كلهـا في نيل الأوطار : ٣٠٢/٥ ، نصب الراية : ٢٨٨/٤ وما بعدها) .

كما اتفقوا على أن الأراضي التي لها مالك معروف بشراء أو عطية ، لم ينقطع ملكه ، لا يجوز إحياؤها لأحد ، غير أصحابها .

واختلفوا في أنواع أخرى من الأرض[1] :

النوع الأول : ما ملك بالإحياء ، ثم ترك حتى دثر (درس) وعاد مواتاً :

قال الشافعية والحنابلة[2] : لا يملك بالإحياء ؛ لأن الأحاديث التي أجازت الإحياء مقيدة بغير المملوك : « من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد » « ليس لعرق ظالم حق » ، ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك .

وقال أبو يوسف من الحنفية[3] . يملك بالإحياء ، ما لا يعرف له مالك بعينه إذا كان بعيداً من القرية ، بحيث إذا وقف إنسان جهوري الصوت في أقصى العمران من دور القرية ، فصاح بأعلى صوته ، لم يسمع الصوت فيه . وعند محمد : إن ملكت في الإسلام لا تكون مواتاً ، وإذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين . وظاهر الرواية المفتى به : عدم ارتفاق البلدة به كما سنذكر .

وقال المالكية[4] : يملك بالإحياء ما اندرس من عمارة الأرض ، لعموم الحديث : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ، ولأن أصل هذه الأرض مباح ، فإذا تركت حتى تصير مواتاً ، عادت إلى الإباحة .

النوع الثاني : ما يوجد فيه آثار ملك قديم من الجاهلية كآثار الروم ومساكن

---

(١) المغني : ٥١٣/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٦٢/٢ ، المهذب : ٤٢٣/١ ، المغني : ٥١٤/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٣) الكتاب مع اللباب : ٢١٩/٢ ، تبيين الحقائق : ٣٥/٦ ، الدر المختار : ٣٠٧/٥ .

(٤) الشرح الكبير : ٦٦/٤ ، ٦٨ ، الشرح الصغير : ٨٧/٤ .

ثمود ونحوها يملك بالإحياء في المذاهب الأربعة[1] ، وهو الأظهر عند الشافعية ، إذ لا حرمة لملك الجاهلية ، ولقوله ﷺ : « عادِيّ الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم »[2] أي قديم الخراب بحيث لم يملك في الإسلام .

والرأي الثاني للشافعي : أنه لا يملك بالإحياء ، لأنه ليس بموات .

النوع الثالث : ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معين ، أي لم يعرف مالكه : يملك بالإحياء عند الحنفية والمالكية ، وفي رواية عن أحمد ، لعموم الأخبار الواردة في مشروعية الإحياء ، ولأنه أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم ، فأشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك .

وقال الشافعية : هو مال ضائع ، أمره إلى الإمام الحاكم في حفظه إلى ظهور مالكه ، أو بيعه وحفظ ثمنه واستقراضه على بيت المال ، أي لا يملك بالإحياء .

والصحيح عند الحنابلة : أنه لا يملك بالإحياء ، فلا أثر لإحيائه ويكون فيئاً بمنزلة ما جلا عنه الأعداء خوفاً منا ، أي يوزع في سبيل المصالح العامة[3] .

والخلاصة : أن الشافعية والحنابلة متفقون على أنه لا يملك بالإحياء ، والحنفية والمالكية يقولون بجواز إحيائه .

توضيح آراء المذاهب في الموات القابل للإحياء :

يحسن بيان رأي كل مذهب على حدة فيما يقبل الإحياء .

١ ـ مذهب الحنفية[4] : الأرض الموات : هي أرض خارج البلد ، لم تكن ملكاً

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) رواه عن طاوس سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد في الأموال (المغني ، المكان السابق) .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) اللباب شرح الكتاب : ٢١٩/٢ وما بعدها ، البدائع : ١٩٤/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٤/٦ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣٠٧/٥ ، تكملة الفتح : ١٣٦/٨ .

لأحد، ولا حقاً له خاصاً. ففي داخل البلد لا يكون موات أصلاً، وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها، محتطباً لأهلها، أو مرعى لهم. فلا يجوز إحياء ما قرب من العامر؛ لأنه من مرافقه التابعة له ويترك مرعى لأهل القرية، ومطرحاً لحصائدهم، لتحقق حاجتهم إليها، فلا يكون مواتاً كالطريق والنهر.

فالمهم في الأرض غير المملوكة: عدم الارتفاق من أهل البلد، سواء قربت من العامر أم بعدت. وهذا هو ظاهر الرواية وهو قول الأئمة الثلاثة، وهو المفتى به عند الحنفية.

٢ ـ مذهب المالكية(١): موات الأرض: ما سلم عن اختصاص بإحياء (أي بسبب إحياء لها بشيء) أو بسبب كونه حريم عمارة كمحتطب أو مرعى لبلد. فإذا اندرست عمارتها من بناء أو غرس أو تفجير ماء ونحوها، **لا يزول ملكها عمن** أحياها، إلا بإحياء جديد من غيره بعد اندراسها بمدة طويلة يقدرها عرف الناس، فتصبح حينئذ ملكاً للمحيي الثاني.

وذلك سواء أكانت الأرض قريبة من العمران أم بعيدة من العمران، إلا أن الأولى يفتقر إحياؤها إلى إذن الحاكم.

٣ ـ مذهب الشافعية(٢): حد الموات: ما لم يكن عامراً، ولا حريماً لعامر قرب من العامر أو بعد. أو هو الأرض التي لم تعمّر قط في بلاد الإسلام. ولا يملك بالإحياء حريم معمور: وهو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع، مثل مرتكض الخيل ومناخ الإبل ومطرح الرماد ونحوها.

٤ ـ مذهب الحنابلة(٣): الموات: هو الأرض التي ليس لها مالك، ولا بها ماء،

---

(١) الشرح الكبير: ٦٦/٤، الشرح الصغير: ٨٧/٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩.

(٢) مغني المحتاج: ٣٦١/٤، ٣٦٣، المهذب: ٤٢٣/١.

(٣) كشاف القناع: ٢٠٥/٤، المغني: ٥١٣/٥ وما بعدها، ٥١٦.

ولا عمارة، ولا ينتفع بها. أو هي الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم: مسلم كان أو كافر. لكن لا يجوز إحياء ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه من طرقه ومسيل مائه ومطرح قمامته وملقى ترابه وآلاته، والمتعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها ومحتطبها وطرقها ومسيل مائها، والحد الفاصل بين القريب والبعيد يتحدد بالعرف.

والخلاصة: أن المذاهب متقاربة في أصلها ومختلفة في بعض الشروط والقيود.

المبحث الثالث ـ كيفية الإحياء وطرقه:

إحياء الأرض الموات: يكون باستصلاحها للزراعة بحسب عرف الناس وعاداتهم، كما قرر الشافعية، لكن للمذاهب آراء في الموضوع.

قال الحنفية[1]: إصلاح الأرض الموات يكون بالبناء أو الغرس أو الكراب (قلبها للحرث)، أو إقامة المسنّاة (السد: وهو ما يبنى ليرد ماء السيل، والمراد هنا الجسر)، أو شق النهر، أو إلقاء البذور، أو السقاية مع حفر الأنهار، أو التحويط والتسنيم بحيث يعصم الماء؛ لأنه من جملة البناء.

وعن محمد: أن المحيي لو حفر النهر، ولم يسق الأرض أو فعل العكس، يكون فعله تحجيراً لا إحياء.

وقال المالكية[2]: الإحياء يكون بالبناء والغرس والزراعة والحرث وإجراء المياه فيها وغيرها من أحد أمور سبعة هي:

الأول: بتفجير ماء لبئر أو عين، فيملك به، وكذا تملك الأرض التي تزرع به.

والثاني: بإزالة الماء منها حيث كانت الأرض غامرة بالماء.

---

(١) تبيين الحقائق: ٣٦/٦، الهداية مع تكملة الفتح: ١٣٩/٨، اللباب مع الكتاب: ٢١٨/٢.

(٢) الشرح الصغير: ٩٣/٤، الشرح الكبير: ٦٩/٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص ٣٣٩.

والثالث : ببناء أرض .
والرابع : بسبب غرس الشجر بها .
والخامس : بسبب تحريك أرض بحرثها ونحوه (الحراثة) .
والسادس : يكون بسبب قطع شجر بها بنية وضع يده عليها .
والسابع : بسبب كسر حجرها مع تسوية الأرض .

وقال الشافعية[1] : الإحياء الذي يملك به : يختلف بحسب الغرض المقصود من الأرض ، ويرجع فيه إلى العرف ، والعرف يمثل المصلحة عادة ؛ لأن الشرع أطلقه ، ولا حد له في اللغة ، فيرجع فيه إلى العرف كالقبض في المبيع والموهوب ، والحرز في السرقة : وهو في كل شيء بحسبه ، والضابط : التهيئة للمقصود .

فإن أراد إحياء الموات مسكناً ، اشترط فيه تحويط البقعة بآجر أو لبن أو قصب بحسب عادة ذلك المكان . والمعتمد أنه لا يكتفى بالتحويط من غير بناء ، بل لا بد من البناء ، ويشترط سقف بعض الأرض ليتهيأ للسكنى ، وتعليق (نصب) باب ؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب ، ولا تصلح الأرض للسكنى بما دون ذلك (أي بالبناء والسقف وتركيب باب) .

وإن أراد إحياء الموات زريبة دواب أو نحوها ، كحظيرة لجمع ثمار وغلات وغيرها ، فيكتفى بالتحويط بالبناء بحسب العادة ، ولا يشترط سقف شيء ؛ لأن العادة فيها عدمه . ولا بد فيه من تركيب باب على الأرجح مع البناء أو التحويط بالبناء .

وإن أراد إحياء الموات مزرعة ، فيطلب جمع التراب حولها ، وتسوية الأرض ، وترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة أو نحوها ، إن لم يكفها المطر

---

(١) مغني المحتاج : ٣٦٥/٤ وما بعدها ، المهذب : ٤٢٤/١ .

المعتاد . ولا تشترط الزراعة فعلاً في الأصح ، لأنه استيفاء منفعة الأرض ، وهو خارج عن الإحياء ، كما لا يعتبر في إحياء الدار سكناها . والخلاصة : أنه بالتحويط وتسوية الأرض وإيجاد الماء .

وإن أراد إحياء الموات بستاناً ، فيشترط جمع التراب حول الأرض كالمزرعة ، والتحويط حيث جرت العادة به عملاً بها ، وتهيئة ماء كما تقرر في المزرعة . ويشترط أيضاً في البستان غرس البعض على المذهب . فهذا الإحياء يكون بالتحويط وتسوية الأرض وإيجاد الماء والغرس .

وقال الحنابلة[1] : إحياء الأرض : أن يحوط عليها حائطاً منيعاً ، سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو الخشب أو غيرها ، لقوله ﷺ : « من أحاط حائطاً على أرض ، فهي له »[2] ، ولأن الحائط حاجز منيع ، فكان إحياء .

وكالحائط : إجراء ماء للأرض من نهر أو بئر إن كانت لا تزرع إلا به ، أو حفر بئر فيها ينبع منها الماء ، فإن لم يخرج الماء فهو كالمحتجر الشارع في الإحياء .

ومثل الحائط : أن يغرس فيها شجراً ، أو أن يمنع عن الموات ما لا يمكن زرعها إلا بحبسه عنها كأرض البطائح[3] .

وفي الجملة : الإحياء يكون إما بالتحويط المنيع أو إيجاد الماء أو غرس الشجر .

ولا يحصل الإحياء بمجرد الحرث والزرع ؛ لأنه لا يراد للبقاء بخلاف الغرس ، كما لا يحصل الإحياء أيضاً بخندق يجعله حول الأرض التي يريد إحياءها ولا بشوك وشبهه يحوطها به ، ويكون تحجراً .

---

(١) المغني : ٥/٥٣٨ ، كشاف القناع : ٤/٢١٢ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود عن جابر ، ولهما مثله عن سمرة بن جندب .

(٣) البطحاء والأبطح : مسيل واسع فيه دقاق الحصى .

هل يحصل الإحياء بالتحجير ؟

التحجير أو التحويط : هو الإعلام بوضع الأحجار حول الأرض أي وضع سور من الأحجار والأشواك ونحوها على جوانب الأرض ، وقد اتفق الفقهاء على عدم صلاحيته للإحياء ، لكن المتحجر يكون أحق بها من غيره .

فقال الحنفية[1] : إن حجر شخص الأرض ، لا يملكها بالتحجير ؛ لأنه ليس بإحياء في الصحيح ؛ لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة ، والتحجير للإعلام مشتق من الحجر : وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر ، أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها ، أو بإحراق ما فيها من الشوك وغيره ، وكل ذلك لا يفيد الملك ، فبقيت مباحة على حالها .

لكن المتحجر أولى بها من غيره ، ولا تؤخذ منه إلى ثلاث سنين ، فإذا لم يعمرها فيها ، أخذها الحاكم منه ، ودفعها إلى غيره . والتقدير بثلاث سنين مأخوذ من قول عمر رضي الله عنه : « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق »[2] لكن هذا حكم ديانة ، أما قضاء : فإذا أحياها غيره قبل مضيها ، ملكها لتحقق سبب الملك منه ، دون الأول أي المتحجر .

وقال المالكية[3] : لا يكون الإحياء بتحويط (تحجير) للأرض بنحو خط عليها ، ولا رعي كلأ بها ، ولا حفر بئر ماشية بها ، إلا أن يبين الملكية حين حفر البئر ، فإن بينها فإحياء .

---

(١) تبيين الحقائق : ٣٥/٦ ، تكلة الفتح : ١٣٨/٨ ، الدر المختار : ٣٠٧/٥ .

(٢) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن سعيد بن المسيب بلفظ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » لكن في سنده الحسن بن عمارة ضعيف ، وسعيد عن عمر فيه كلام (نصب الراية : ٢٩٠/٤) .

(٣) الشرح الكبير : ٧٠/٤ ، الشرح الصغير : ٩٣/٤ .

وقرر الشافعية والحنابلة[1] أنه : إن تحجر مواتاً ، وهو أن يشرع في إحيائه ، ولم يتمه ، أو أعلم على بقعة بنصب أحجار ، أو غرز خشباً فيها ، أو نصب أسلاكاً شائكة ، أو حاطها بحائط صغير لم يملكها بما ذكر ؛ لأن الملك بالإحياء ، وليس هذا إحياء .

لكن يصير أحق الناس به لحديث أبي داود : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم ، فهو أحق به » .

فلو أحياه آخر ملكه . فإن لم يتم إحياء المتحجر ، وطالت المدة عرفاً ، كنحو ثلاث سنين ، قيل له : إما أن تحييه فتملكه ، أو تتركه لمن يحييه ، إن حصل متشوف للإحياء ؛ لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، فلم يمكّن من الإحياء ، فإن طلب المتحجر المهلة لعذر ، أمهل شهرين أو ثلاثة أو أقل ، على ما يراه الحاكم لأنه يسير . وإن لم يكن له عذر ، فلا يمهل ، فهم تقريباً كالحنفية .

المبحث الرابع ـ شروط الإحياء :

هناك شروط في المحيي ، والأرض المحياة ، وإجراء الإحياء .

المطلب الأول ـ شروط المحيي :

المحيي : هو الذي يباشر الإحياء الذي هو من أسباب الاختصاص أو التملك ، ويجوز إحياء كل من يملك المال ؛ لأنه فعل يملك به كالاصطياد .

ولا يشترط عند الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة)[2] كون المحيي مسلماً ، فلا فرق بين المسلم والذمي في الإحياء ، لعموم قول النبي ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة ،

---

(١) مغني المحتاج : ٣٦٦/٤ ، المهذب : ٤٢٥/١ ، المغني : ٥١٨/٥ ، ٥٤٣ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢١٤/٤ .

(٢) الهداية مع تكملة الفتح : ١٣٨/٨ ، الشرح الكبير : ٦٩/٤ ، المغني : ٥١٧/٥ .

فهي له » ، ولأن الإحياء أحد أسباب التمليك ، فاشترك فيه المسلم والذمي ، كسائر أسباب الملكية .

واشترط الشافعية[1] في المحي أن يكون مسلماً ، ولا يملك الذمي إحياء الأرض الموات ، وإن أذن له فيه الإمام ؛ لأن الإحياء استعلاء ، وهو ممتنع عليهم بدار الإسلام . فلو أحيا ذمي أرضاً ، نزعت منه ولا أجرة عليه ، فلو نزعها منه مسلم وأحياها ، ملكها ، وإن لم يأذن له الإمام ، إذ لا أثر لفعل الذمي .

المطلب الثاني ـ شروط الأرض المحياة :

يشترط في الأرض المحياة شروط تتعلق بملكيتها والارتفاق بها ومكانها ، وهي ما يأتي :

١ ـ ألا تكون ملكاً لأحد ، مسلم أو ذمي ، وليست من اختصاص أحد . وهذا معنى قول الفقهاء : أن تكون الأرض عادياً (أي قديم الخراب بحيث لم يملك في الإسلام) ، لا مالك له في الإسلام ، فكأنها خربت من عهد عاد . وهذا الشرط متفق عليه فقهاً[2] .

٢ ـ ألا تكون مرتفقاً بها أي مستعملة ارتفاقاً لأهل البلدة ، قريباً أو بعيداً ، كمحتطب ومرعى ، وناد (مجلس يجتمعون فيه للتحدث) ، ومرتكض خيل ، ومُناخ إبل ، ومطرح رماد ، وحريم بئر ، وشوارع وطرقات ، ونحوها . وهو شرط متفق عليه أيضاً بين المذاهب في الأرجح عند بعضها كالحنفية[3] .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ـ ٣٦٢ ، المهذب : ٤٢٣/١ وما بعدها .

(٢) الدر المختار : ٣٠٦/٥ ، اللباب شرح الكتاب : ٢١٩/٢ ، الشرح الكبير : ٦٦/٤ ، مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، المهذب : ٤٢٣/١ ، كشاف القناع : ٢٠٥/٤ .

(٣) الهداية مع التكملة : ١٣٦/٨ ، البدائع : ١٩٤/٦ ، الدر المختار : ٣٠٦/٥ وما بعدها ، اللباب : المكان السابق ، الشرح الكبير : ٦٧/٤ ، مغني المحتاج : ٣٦٣/٤ ، المغني : ٥١٦/٥ ، ٥٢٥ ، كشاف القناع : ٢٠٨/٤ .

٣ ـ أن تكون الأرض عند الشافعية في بلاد الإسلام : فإن كانت في دار الحرب فللمسلم إحياؤها إن كانت مما لا يمنعها أهلها عن المسلمين ، فإذا منعوها أو دفعوا المسلمين عنها ، فلا يملكها المسلم بالاستيلاء[1] .

ولا فرق عند الجمهور غير الشافعية بين دار الحرب ودار الإسلام لعموم الأخبار ، ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم[2] .

المطلب الثالث ـ شروط الإحياء الذي يثبت به الملك :

يشترط في الإحياء الذي يثبت به الملك شرطان في بعض الآراء :

١ ـ أن يكون الإحياء عند أبي حنيفة[3] بإذن الحاكم ، لحديث : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه »[4] ، فإذا لم يأذن لم تطب نفسه به ، ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفرة ، ثم صارت في أيدي المسلمين ، فهي فيء ، والإمام هو المختص بتوزيع الفيء ، كالغنائم ، ومثل إعطاء السَّلَب للقاتل في قوله عليه الصلاة والسلام : « من قتل قتيلاً فله سَلَبه »[5] فهذا تصرف من الرسول ﷺ بطريق الإمامة والسياسة ، لا بطريق الشرع والنبوة .

وقال المالكية[6] : إذا كانت الأرض قريبة من العمران ، افتقر إحياؤها إلى إذن الإمام ، بخلاف البعيدة من العمران .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٦٢/٤ .

(٢) المغني : ٥١٥/٥ ، المراجع السابقة .

(٣) البدائع : ١٩٤/٦ وما بعدها ، الهداية مع التكلمة : ١٣٦/٨ ، تبيين الحقائق : ٣٥/٦ ، الدر المختار : ٣٠٧/٥ ، الخراج لأبي يوسف : ص ٦٤ .

(٤) رواه الطبراني ، وفيه ضعف من حديث معاذ (نصب الراية : ٤٣٠/٣ ، ٢٩٠/٤) .

(٥) أخرجه الجماعة إلا النسائي عن أبي قتادة الأنصاري (نصب الراية : ٤٢٨/٣) . والسلب : ما يكون مع القتيل من سلاح وآلات وثياب ونقود وخيل ونحوها .

(٦) القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، الشرح الصغير : ٩٤/٤ .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة[1] : من أحيا أرضاً مواتاً ، تملكها ، وإن لم يأذن له فيها الإمام ، اكتفاء بإذن رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » الصادر بطريق الشرع والنبوة ، ولأنه مال مباح كالاحتطاب والاصطياد ، سبقت إليه يد المحيي ، فيملكه . ويؤيده حديث البخاري عن عائشة : « من عَمَر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » فظاهره أنه لا يشترط إذن الإمام .

لكن يستحب استئذانه . خروجاً من الخلاف .

٢ ـ يشترط عند الحنفية في حالة التحجير : أن يتم الإحياء خلال مدة أقصاها ثلاث سنين . فإذا لم يعمرها فيها أخذها الحاكم منه ، ودفعها إلى غيره ؛ لأن البدء أو الشروع في استصلاحها يتطلب تعميرها ، فيحصل النفع للمسلمين بدفع العشر أو الخراج ، فإذا لم يحصل المقصود ، فلا فائدة في تركها في يده[2] .

والتقدير بثلاث سنين مأخوذ ـ كما عرفنا ـ من قول عمر رضي الله عنه : « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق »[3] . وهذه مدة معقولة لاستصلاح الأراضي وتدبير مصالحها . لكن هذا الحكم من طريق الديانة ، أما من طريق القضاء ، فلو أحياها غيره قبل مضي تلك المدة ، ملكها لتحقق سبب الملك منه ، دون الأول .

ومذهب الشافعية والحنابلة كالحنفية تقريباً .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، تكملة فتح القدير ، المكان السابق ، المهذب : ٤٢٣/١ ، المحرر في الفقه الحنبلي : ٣٦٧/١ ، المغني : ٥٤٣/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٢) تبيين الحقائق : ٣٥/٦ .

(٣) عرفنا أن في سنده ضعفاً . وروى حميد بن زنجويه النسائي في كتاب الأموال عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جهينة أرضاً ، فعطلوها وتركوها ، فأخذها قوم آخرون ، فأحيوها ، فخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب ، فقال : لو كانت قطيعة مني أو من أبي بكر لم أرددها ، ولكنها من رسول الله ﷺ ، وقال : من كانت له أرض ، فعطلها ثلاث سنين ، لا يعمرها ، فعمرها غيره ، فهو أحق بها (نصب الراية : ٢٩٠/٤) .

المبحث الخامس ـ أحكام إحياء الموات :

يترتب على إحياء الأرض تملكها ، وفرض ضريبة العشر أو الخراج عليها ، وعدم تملك حريم المعمور ، وتملك حريم الموات .

المطلب الأول ـ تملك الأرض المحياة :

هل يثبت بإحياء الموات ملك الاستغلال (حق الانتفاع) ، أم ملك الرقبة (ذات الأرض) ملكية مطلقة تشمل حق التصرف والاستعمال والاستغلال ؟

قال الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي رحمه الله : إن الذي يثبت بإحياء الموات هو حق الاستغلال لا حق الملكية ، قياساً على من جلس في موضع مباح ، فإن له الانتفاع ، فإذا قام عنه ، وأعرض ، بطل حقه[1] .

وقال عامة الفقهاء : الثابت بالإحياء هو حق الملكية المطلقة ، استدلالاً بنص الحديث : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » فإنه أضاف الحق للمحيي بلام التمليك في قوله « فهي له » وملكه لا يزول بالترك[2] . وهذا هو الحق العيني للمحيي .

وبناء عليه نص الحنفية : أنه لو ترك المحيي الأرض بعد الإحياء ، وزرعها غيره ، فالأول أحق بها في الأصح[3] .

المطلب الثاني ـ وظيفة الأرض المحياة :

الحق الثاني في الأرض المحياة هو للدولة ، لكن هل الواجب المفروض على تلك الأرض أو الوظيفة : هو العشر أو الخراج ؟

---

(١) العناية بهامش تكملة فتح القدير : ١٣٧/٨ .

(٢) المرجع السابق ، تبيين الحقائق : ٣٥/٦ ، البدائع : ١٩٤/٦ ، الشرح الصغير : ٨٧/٤ ، المهذب : ٤٢٣/١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣٦١/٤ ، المغني : ٥١٣/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٦/٤ .

(٣) الدر المختار : ٣٠٧/٥ ، الهداية مع تكملة الفتح : ١٣٧/٨ ، تبيين الحقائق : ٣٥/٦ .

قال أبو يوسف : إن أحياها مسلم ، فإن كانت تلك الأرض من الأراضي العشرية فالواجب فيها العشر ، وإن كانت من حيّز الأراضي الخراجية فالواجب فيها الخراج .

وقال محمد : ان أحياها بماء العشر كماء المطر أو الأنهار الكبيرة فهي عشرية ، وإن أحياها بماء الخراج ، كالماء المأخوذ من نهر حفره غير المسلمين فهي خراجية . وهذا الرأي هو مامشى عليه صاحب الهداية .

وقال الحنابلة : لاخراج على من أحيا موات الأرض المفتوحة عنوة ، كأرض مصر والشام والعراق . أما إن أحياها ذمي فهي خراجية مطلقاً بالاتفاق[1] .

المطلب الثالث ـ القيد الوارد على ملكية المحيي والملكية الإضافية ـ الحريم :

الحريم : هو ماتمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور ، أو مايحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق ، كحريم البئر ، وفناء الدار ، والطريق ، ومسيل الماء ومرافق القرية مثل ناد (مجلس الاجتماع) ومحتطب ومرعى ومرتكض الخيل ومناخ الإبل ، ومطرح الرماد ، ونحوها .

ولا يجوز باتفاق الفقهاء[2] تملك حريم الأراضي العامرة قبل الإحياء ؛ لأنه تابع للعامر ، فلا يملك ؛ لأنا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله .

ولا يجوز أيضاً بالإحياء تملك مابين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق ؛ لأن المذكور ليس من الموات ، وإنما من جملة العامر ، ولأنا لو جوزنا التملك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم .

---

(١) البدائع : ١٩٥/٦ ، الهداية مع التكملة : ٣٧/٨ ، كشاف القناع : ٢٠٧/٤ .

(٢) البدائع : ١٩٥/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٦/٦ ، الشرح الكبير : ٦٧/٤ ، الشرح الصغير : ٨٨/٤ ، مغني المحتاج : ٣٦٣/٤ ، المهذب : ٤٢٣/١ ، المغني : ٥٢٥/٥ ، كشاف القناع : ٢٠٨/٤ .

والخلاصة : أن كل مملوك لايجوز إحياء ماتعلق بمصالحه .

ومن جهة أخرى للمحيي ملكية إضافية قررها الشارع : وهو حريم الأرض التي أحياها ، فله بالإحياء مايحتاج إليه من المرافق كفناء الدار (الساحة أمام الدار) ومسيل وحريم البئر ، وله أن يمنع غيره منه .

والكلام عن الحريم في أصل مشروعيته ، ومقداره .

مشروعية الحريم : الأصل في مشروعية الحريم أن النبي ﷺ جعل للبئر حريماً[1] . وللعين حريم بالإجماع ، لأنه عليه الصلاة والسلام جعل لكل أرض حريماً[2] .

مقدار الحريم : للفقهاء تقديرات متقاربة للحريم .

فعند الحنفية[3] :

آ ـ حريم العين الجارية : الأصح أن حريمها خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع ست قبضات ، كل قبضة أربع أصابع ، وهو من المرفق إلى الأنامل . لقول الزهري : « وحريم العين خمسمائة ذراع ، من كل ناحية » وبناء عليه يمنع غير صاحب الحريم من الحفر ونحوه في مسافة الحريم ، لأنه ملك له ، فله تضمين المعتدي أو ردم الحفرة .

---

(1) قال عليه السلام : « من حفر بئراً ، فله مما حولها أربعون ذراعا ، عطنا لماشيته » أخرجه ابن ماجه من حديث عبد الله بن مغفل ، ورواه أحمد من حديث أبي هريرة (نصب الراية : ٤/٢٩١) .

(2) أخرج أبو داود في مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب ، قال : قال رسول الله ﷺ « حريم البئر العادية خمسون ذراعا ، وحريم بئر البديء خمسة وعشرون ذراعا » وأخرج الحاكم عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى في النخلة ان حريمها مبلغ جريدها (نصب الراية : ٤/٢٩٢ وما بعدها) وزاد الزهري : « وحريم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية » .

(3) الدر المختار : ٥/٣٠٨ ـ ٣١٠ ، الهداية مع تكملة الفتح : ٨/١٣٩ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦/٣٦ ـ ٣٨ ، الكتاب مع شرحه اللباب : ٢/٢٢١ وما بعدها ، البدائع : ٦/١٩٥ .

ب - وحريم البئر : يختلف بين بئر العطَن (العطن : مُناخ الابل حول البئر) ، وبئر العطن (هي التي ينزح منها الماء باليد) وبين بئر الناضح : (وهي التي ينزح منها الماء بالبعير ونحوه) .

وحريم بئر العطن : أربعون ذراعاً من كل جانب باتفاق الحنفية ، كما دلت بعض الروايات لكنها غريبة أي لم تثبت ، كما قال الزيلعي[1] .

وحريم بئر الناضح أربعون ذراعاً كبئر العطن عند أبي حنيفة ، عملاً بحاجة الناس . وعند الصاحبين : ستون ذراعاً لما روي : « وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً » والصحيح : أن حريمها على قدر الحاجة من كل الجوانب . بشرط أن يحفرها في موات بإذن الإمام أو في ملكه ، فلو حفر في ملك الغير لا يستحق الحريم .

جـ - حريم القناة : وهي مجرى الماء تحت الأرض . ولم يقدر حريمها بشيء يمكن ضبطه ، فحريمها بقدر ما يصلحها لإلقاء الطين ونحوه . وعن محمد : أنها بمنزلة البئر في استحقاق الحريم ، وقيل بآراء أخرى ، أولاها عندي : أن لها حريماً مفوضاً إلى رأي الإمام ؛ لأنه لانص في الشرع .

د - حريم النهر : اختلف فيه الحنفية . فعند أبي حنيفة : لاحريم للنهر في ملك الغير . وقال الصاحبان : له حريم من الجانبين ؛ لأن استحقاق الحريم للحاجة ، وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين ، إذ أنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر ، كما يحتاج إلى موضع لإلقاء الطين عليه عند كري النهر . ثم اختلف الصاحبان في تقديره .

فقال أبو يوسف : قدر نصف بطن النهر من كل جانب ، أي نصف العرض .

---

(١) نصب الراية : ٢٩٢/٤ .

وقال محمد : قدر جميع بطن النهر من كل جانب ، أي عرض النهر . واتفق الحنفية أن للنهر حريماً بقدر ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه ، فيما لو أحياه في أرض موات . وعليه من كان له نهر في أرض غيره ، فليس له حريمه عند أبي حنيفة بمجرد دعواه أنه له ؛ لأن الظاهر لا يشهد له ، بل لصاحب الأرض ؛ لأنه من جنس أرضه ، والقول لمن يشهد له الظاهر ، إلا أن يقيم البينة على ذلك ؛ لأنها لإثبات خلاف الظاهر.

وقال الصاحبان : له مسنّاة[1] يمشي عليها ، ويلقي عليها طينه ؛ لأن النهر لابد له من ذلك . فكان الظاهر أنه له .

وثمرة الخلاف : أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين : لصاحب النهر .

قال الزيلعي : والصحيح أن هذا الحريم لصاحب النهر ، مالم يفحش .

هـ - حريم الشجر : حريم الشجر الذي يغرس في الأرض الموات : خمسة أذرع من كل جانب ، حتى لا يملك غيره أن يغرس شجراً في حريمه ؛ لأنه يحتاج إلى الحريم لجذاذ ثمره ، وللوضع فيه . وقد جعل النبي ﷺ حريم الشجرة خمسة أذرع[2] .

ومقدار الحريم عند المالكية[3] : ما يأتي :

حريم البئر : ما يتصل بها من الأرض التي حولها ، فهو يختلف بقدر كبر البئر وصغرها وشدة الأرض ورخاوتها . ويشمل باطن الأرض ، فلا يحق لآخر حفر بئر ينشف ماءها أو يذهبه ، أو يغيره بطرح نجاسة يصل إليها وسخها ، كما يشمل ظاهر الأرض كالبناء والغرس .

---

(١) المسناة : ما يبنى في وجه السيل لحبس الماء . ويراد بها هنا : مايكون كالجسر للنهر ، للمشي والقاء الطين عند الكري (أي الحفر) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه عن أبي سعيد الخدري (نصب الراية : ٢٩٣/٤) .

(٣) الشرح الصغير : ٨٩/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ .

وحريم الدار : مدخلها ومخرجها ، ومواضع مضابطها ، وشبهها ، مما يرتفق أهلها به من مطرح تراب ، ومصب ميزاب لدار .

وحريم الفدان[1] : حواشيه ، ومدخله ومخرجه .

وحريم القرية : موضع محتطبها ومرعاها .

وحريم الشجر : مافيه مصلحة عرفا ، فلصاحبها منع من أراد احداث شيء بقربها يضرّ بها ، من بناء أو غرس أو حفر بئر ونحوها .

وعند الشافعية[2] : يرجع في تقدير الحريم إلى العرف ، حتى إن المنصوص عليه مراعى فيه العرف والحاجة . والحريم كما بينا : هو ماتمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع بالمعمور ، وإن حصل أصل الانتفاع بدونه .

فحريم القرية المحياة : النادي (وهو المجلس الذي يجتمعون فيه ويتحدثون) ، ومرتكض الخيل ، ومناخ الإبل ، ومطرح الرماد ونحوها كمراح غنم ومسيل ماء وملعب صبيان .

وحريم البِئر المحفورة في الموات : موقف النازح منها (وهو القائم على رأس البئر ليستقي)[3] والحوض (وهو ما يصب النازح فيه ما يخرجه من البئر) ، والدولاب ، ومجتمع الماء (الذي يطرح فيه من الحوض لسقي الماشية والزرع) ، ومتردد النازح من الدابة إن استقى بها ، أو الآدمي .

وحريم بئر الشرب : موضع المستقي منها .

وحريم النهر : هو ملقى الطين ومايخرج منه بحسب العرف في الموضع . بدليل

---

(١) الفدان : ٥٧٦٠ م٢ = ٢٤٠ قصبة ، والدونم : ١٠٠٠ م٢ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٦٣/٤ وما بعدها ، المهذب : ٤٢٤/١ وما بعدها .

(٣) أما المحفورة في ملكه ، فيعتبر فيها العرف .

حديث عبد الله بن مغفل السابق أن النبي ﷺ قال : « من احتفر بئراً ، فله أربعون ذراعاً حولها ، عطناً لماشيته » .

وحريم الدار المبنية في الموات : مطرح رماد وكناسة وثلج ، وممر في صوب الباب (جهته) .

وحريم آبار القناة : ما لو حفر فيه (أي في الحريم) نقص ماؤها ، أو خيف عليها الانهيار . والدار المحفوفة بدور لاحريم لها . ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة ، فإن تعدى ضمن .

ويجوز إحياء موات الحرم ، كما يملك عامره بالبيع وغيره ، دون عرفات ومزدلفة ومنى ، لايجوز إحياؤها لتعلق الوقوف بعرفات ، وأداء شعائر الحج فيها وفي غيرها ، كالحقوق العامة من الطرق ومصلى العيد في الصحراء ، وموارد الماء .

ومذهب الحنابلة[1] ما يأتي :

البئر العادية (بتشديد الياء نسبة إلى عاد)[2] : هي القديمة التي انطمت وذهب ماؤها ، فجدد حفرها وعمارتها ، أو انقطع ماؤها ، فاستخرجه المحيي الذي يملكها ويملك حريمها . وحريمها : خمسون ذراعاً من كل جانب .

والبئر غير العادية (البئر البديء) : حريمها على النصف من حريم العادية ، وهو خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب .

كما روى أبو عبيد في الأموال عن سعيد بن المسيب قال : « السنة في حريم القليب ـ البئر العادية : خمسون ذراعاً ، وحريم البديء : خمسة وعشرون ذراعاً ، وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع » .

---

(١) كشاف القناع : ٢١٢/٤ وما بعدها ، المغني : ٥٤٢/٥ .

(٢) لم يرد عادا بعينها ، لكن لما كانت « عاد » في الزمن الاول ، وكانت لها آثار في الأرض ، نسب اليها كل قديم . لذا عرفت بأنها : القديمة .. الخ .

وحريم عين وقناة من موات حولها : خمسمائة ذراع ، أي ذراع اليد ؛ لأنه المتبادر عند الإطلاق .

وحريم نهر من حافتيه : مايحتاج النهر إليه ، لطرح كرايته (أي مايلقى منه طلباً لسرعة جريه) وما يضر صاحبه ، بتملكه عليه ، وإن كثر ، وكذا ما يرتفق بدخوله ؛ لأنه من مصالحه .

وحريم شجرة : قدر مد أغصانها . وحريم النخل : بقدر مد جريدها ، لحديث أبي سعيد الخدري المتقدم : « اختصم إلى النبي ﷺ في حريم نخلة ، فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت ، فكانت سبعة أذرع ، أو خمسة أذرع ، فقضى بذلك » .

وحريم أرض زراعة : قدر مايحتاجه زارعها لسقيها ، وربط دوابها ، وطرح سبخها ونحوه ، كمصرف مائها عند الاستغناء عنه ، لأن كل المذكور من مرافقها .

وحريم الدار : مطرح تراب وكناسة وثلج وماء وميزاب ، وممر إلى بابها ؛ لأن هذا كله مما يرتفق به ساكنها .

ولا حريم لدار محفوفة بملك الغير من كل جانب ؛ لأن الحريم من المرافق ، ولا يرتفق بملك غيره ؛ لأن مالكه أحق به ، ويتصرف كل واحد منهم في ملكه وينتفع بحسب ماجرت به العادة ، فإن تعدى العادة ، منع التعدي ، عملاً بالعادة .

وبناء عليه : لو حفر رجل بئراً في أرضه ، فأدى الى نضوب ماء بئر الجار ، وجب سد ماء البئر ، عند الحنابلة .

ولا شيء عليه عند الحنفية ؛ لأن الماء الموجود تحت الأرض غير مملوك لأحد ، وهذا منصوص عليه في المجلة (م ١٢٨٨) .

الفصل الثالث

أحكام المعادن ، والحمى والإقطاع

فيه مبحثان :

الأول ـ الحمى .

الثاني ـ الإقطاع ، ويتضمن أحكام المعادن

المبحث الأول ـ الحمى :

معناه وأصله ، مشروعيته ، ما حماه النبي ﷺ أو إمام غيره .

أولاً ـ أصل الحمى ومعناه : أصل الحمى عند العرب في الجاهلية : أن الرئيس منهم كان إذا نزل بأرض مخصبة ، استعوى كلباً ، على مكان عال ، فحيث انتهى إليه صوته من كل جانب ، حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ، ويرعى هو مع غيره . وهذا لا يجوز شرعاً ، فقد نهى عنه النبي ﷺ لما فيه من التضييق على الناس ، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق .

والحمى بمعنى المحمي ، مصدر يراد به اسم المفعول ، أو المراد به الحماية والتحجير . ومعناه شرعاً . أن يحمي الإمام أرضاً من الموات ، فيمنع الناس من رعي مافيها من الكلأ ، ليختص بها دونهم ، لمصلحة المسلمين ، لا لنفسه . وعرف المالكية الحمى الشرعي

بقولهم : أن يحمي الإمام مكاناً خاصاً لحاجة غيره[1] .

ثانياً ـ مشروعيته : لا يجوز لأحد أن يحمي مواتاً ليمنع إحياء الموات ، ورعي ما فيه من الكلأ ، لما روى الصعب بن جَثَّامة : أن النبي ﷺ قال : « لاحمى إلا لله ولرسوله »[2] .

ويجوز باتفاق المذاهب في الصحيح عند الشافعية للإمام أن يحمي لخيل المجاهدين ونَعَم[3] الجزية ، وابل الصدقة ، والماشية الضعيفة ، بدليل أن النبي ﷺ حمى النقيع[4] للخيل ـ خيل المسلمين[5] . ويؤيده ما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه ، قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر رضي الله عنه ، فقال : يا أميرالمؤمنين ، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية ، وأسلمنا عليها في الاسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضي الله عنه ، وجعل ينفخ ، ويفتِل شاربه ، وكان إذا كره أمراً ، فتل شاربه ونفخ ، فلما رأى الأعرابي مابه ، جعل يردد ذلك ، فقال عمر : « المال مال الله ، والعباد عباد الله ، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله (أي لخيل الجهاد) ، ما حميت من الأرض شبراً في شبر»[6] .

قال مالك : بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين من الظهر ، وقال مرة : من الخيل .

---

(١) نيل الاوطار : ٣٠٨/٥ ، المغني : ٥٢٨/٥ وما بعدها ، الدردير في الشرح الكبير : ٦٨/٤ وما بعدها ، وفي الصغير : ٩٢/٤ ، المهذب . ٤٢٧/١ ، كشاف القناع : ٢٢٣/٤ وما بعدها .

(٢) رواه أحمد والبخاري وأبو داود (نيل الاوطار : ٣٠٨/٥) .

(٣) النَّعَم : الابل والبقر والغنم .

(٤) النقيع : موضع معروف ، على بعد عشرين فرسخاً من المدينة . وقدره ميل في ثمانية أميال . وأصل النقيع : كل موضع ينتقع فيه الماء ، فيكثر فيه الخصب ، بسبب وجود الماء . والفرسخ ٥٥٤٤ م ، والميل ١٨٤٨ م .

(٥) رواه أحمد عن ابن عمر (نيل الاوطار ، ٣٠٨/٥) ورواه البخاري وأبو داود عن الصعب بن جثامة (جامع الأصول ٣٣١/٣) .

(٦) رواه أبو عبيد باسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير . ورواه البخاري والموطأ عن أسلم مولى عمر (جامع الأصول : ٣٢٨/٣ وما بعدها) .

وقـــال البخـــاري : بلغنـــا أن النبي ﷺ حمى النقيـــع ، وأن عمر حمى شرَف والرّبذة[١] .

وعن أسلم مولى عمر : أن عمر استعمل مولى له ، يدعى « هُنيّاً » على الحمى ، وقـال له : يا هُنَي ، اضمم جَنَاحـك على المسلمين[٢] ، واتق دعوة المظلوم ، فـإن دعوة المظلوم مستجابة ، وأدخل رب الصُّرَيمة[٣] ، ورب الغُنَيمـة ، وإيـاك ونَعمَ ابن عوف ، ونعم ابن عفان[٤] ، فإنها إن تهلك ماشيتها ، يرجعان إلى نخل وزرع .

ورب الصريمة ورب الغنيمة ، إن تهلك مـاشيتهـا ، يـأتيني ببينـة يقول : يـا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا ، لا أبالك[٥] ، فالماء والكلأ أيسر عليَّ من الذهب والورِق .

وأيم الله ، إنهم ليَروْن أني قد ظلمتهم ، إنهـا لبلادُهم ، قـاتلوا عليهـا في الجـاهليـة ، وأسلموا عليها في الإسلام .

والذي نفسي بيده ، لولا المـال الـذي أحمل عليـه في سبيل الله ، مـا حميت عليهم من بلادهم شيئاً[٦] .

قال ابن قدامة[٧] : وهذا إجمـاع من الصحـابـة ، ولأن مـا كان لمصـالح المسلمين ، قامت الأئمة فيه مقام رسول الله ﷺ ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال .

---

(١) رواه البخـاري عن الصعب بن جثـامـة (نيـل الاوطـار ، المكان الســابـق) والشرف : مـوضـع بقرب مكـة ، والربذة : موضع معروف بين مكة والمدينة .

(٢) في كتب الفقهاء : اضمم جناحك عن الناس أي امسك يدك ولا تمددهـا الى ضرر مسلم أي تواضع لهما ، أو اتق الله فيهم .

(٣) الصريمة : تصغير صرمة : وهي القطعـة من الابل نحو الثلاثين ، فهي مـا بين العشرين الى الثلاثين من الابل ، أو من العشر الى الاربعين منها ، والغنيمة : ما بين الاربعين والمائة من الشاء .

(٤) أي لا تدخلها الحمى ، فانها غنيان لا يضرهما هلاك نعمها .

(٥) ظاهره الذم ، والقصد : التحريض على الشيء .

(٦) رواه البخاري (نيل الاوطار ، المكان السابق) .

(٧) المغني : ٥/٥٣٠ .

« ما أطعم الله لنبي طُعْمة ، إلا جعلها طعمة لمن بعده » رواه أحمد .

وأجاز المالكية[1] الحمى الشرعي بشروط أربعة ، هي :

١ ـ حاجة المسلمين إليه : فلا يحمي الإمام أو نائبه لنفسه ، ولا لغيره عند عدم الحاجة .

٢ ـ أن يكون المحمي قليلاً ، لا كثيراً . والقليل : ما لا يضيق فيه على الناس والكثير : ما ضيق فيه على الناس .

٣ ـ أن يكون المحمي في مكان عفا ، أي خالياً من البناء والغرس .

٤ ـ أن يكون الغرض من الحمى : تحقيق مصلحة عامة الناس ، مثل الجهاد ونحوه ، أي لترعى فيه دواب الحرب أو الصدقة أو ضعفة المسلمين .

ونائب الإمام مثل الإمام ، وإن لم يأذن له الإمام ، بخلاف الإقطاع ، فليس لنائب السلطان إقطاع إلا بإذن ؛ لأن الإقطاع يحصل به التمليك ، فلا بد فيه من الإذن ، بخلاف الحمى .

ثالثاً ـ حكم ما حماه النبي ﷺ أو إمام غيره[2] :

ليس لأحد نقضه ، ولا تغييره ، مع بقاء الحاجة إليه ، لأنه كالمنصوص عليه ، ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه .

وإن زالت الحاجة إليه ، ففيه عند الشافعية والحنابلة وجهان : أحدهما ـ يجوز لأنه زال السبب .

---

(١) الشرح الكبير : ٦٩/٤ ، الشرح الصغير : ٩٢/٤ .

(٢) راجع المهذب : ٤٢٧/١ ، المغني : ٥٣٠/٥ ، كشاف القناع : ٢٢٤/٤ .

والثـاني ـ لا يجـوز ، لأن مـا حكم بــه رسـول الله ﷺ نص ، فـلا يجـوز نقضــه بالاجتهاد .

وإن حمى إمام آخر بعد النبي ، فغيّره هو ، أو غيره من الأئمة : جاز .

وإن أحياه انسان بعد الإمام ففيه قولان عند الشافعية والحنابلة :

أحدهما ـ لا يملكه ، كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ ، ولأن اجتهـاد الإمـام لا يجوز نقضه .

والثاني ـ يملك ؛ لأن حمى الإمام اجتهاد ، وملك الأرض بالإحياء نص ، والنص يقدم على الاجتهاد .

المبحث الثاني ـ الإقطاع :

تعريفه ، مشروعيته ، أنواعه وحكم كل نوع .

أولاً ـ تعريف الإقطـاع : هـو جعـل بعض الأراضي المـوات مختصــة ببعض الأشخاص ـ سواء أكان ذلك معدناً ، أم أرضاً ، فيصير ذلـك البعض أولى بـه من غيره ، بشرط أن يكون من الموات الذي لا يختص به أحد .

أو هو تسويغ الإمام من مـال الله شيئـاً لمن يراه أهلاً لـه . وأكثر مـا يستعمل في الأرض : وهو أن يخرج منها لمن يراه مايحوزه ، إما بـأن يملكـه ، فيعمره ، وإمـا بـأن يجعل له غلته مدة[1] .

ثانياً ـ مشروعيته : يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بـالإحيـاء ، لما روى وائل بن حُجر : « أن النبي ﷺ أقطعه أرضاً ، بحضرموت وبعث معاوية ليقطعها

(١) نيل الاوطار : ٣١١/٥ .

إياه »[1] ، وروى ابن عمر : « أن النبي ﷺ أقطع الزبير حُضْر فرسه[2] ، وأجرى الفرس حتى قام ، ثم رمى بسوطه ، فقال : أقطعوه ، حيث بلغ السوط »[3] . وروى عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ أقطع ناساً من جهينة أو مزينة أرضاً[4] .

وروي أن أبا بكر أقطع الزبير ، وأقطع عمر علياً ، وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ : الزبير ، وسعد ، وابن مسعود ، وخباباً ، وأسامة بن زيد ، رضي الله عنهم . ويروى عن نافع أبي عبد الله : أنه قال لعمر : إن قَبلنا أرضاً بالبصرة ، ليست من أرض الخراج ، ولا تضر بأحد من المسلمين ، فإن رأيت أن تقطعنيها ، أتخذ فيها قصيلاً[5] لخيلي فافعل . قال : فكتب عمر إلى أبي موسى : إن كانت كما يقول ، فأقطعها إياه[6] . ويجوز أيضاً إقطاع المعادن للاستغلال ، لا ملك الرقبة (عين الشيء) ، لما روى ابن عباس قال : « أقطع رسول الله ﷺ بلال بن الحارث المزني معادن القَبَلِيّة[7] ، جَلْسيها وغَوْريّها وحيث يصلح الزرع من قُدْس[8] ، ولم يعطه حق مسلم »[9] .

---

(١) رواه الترمذي وصححه (نيل الاوطار : ٥/٣١٢) .

(٢) حضر فرسه : مقدار عدوه .

(٣) رواه أحمد وأبو داود لكن في اسناده رجل فيه مقال ، وهو عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب (نيل الاوطار : ٥/٣١٢) .

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه .

(٥) القصيل : الشعير يجز أخضر لعلف الدواب .

(٦) روى هذه الآثار كلها أبو عبيد في الاموال .

(٧) القبلية : ناحية من ساحل البحر ، بينها وبين المدينة خمسة ايام .

(٨) الجلس : كل مرتفع من الأرض ، ويطلق على أرض نجد . وغوريها : نسبة الى غور ، قال في القاموس : إن الغور يطلق على مابين ذات عرق الى البحر ، وكل ما انحدر مغربا عن تهامة ، وموضع منخفض بين القدس وحوران مسيرة ثلاثة أيام في عرض فرسخين ، وموضع في ديار بني سليم ، وماء لبني العدوية . اهـ . والمراد هنا المواضع المرتفعة والمنخفضة من معادن القبلية . وقدس : هو جبل عظيم بنجد ، كما في القاموس ، وقيل : الموضع المرتفع الذي يصلح للزرع .

(٩) رواه أحمد وأبو داود : ورروياه أيضاً من حديث عمرو بن عوف المزني (نيل الاوطار : ٥/٣٠٩) .

ثالثاً ـ أنواع الإقطاع :

الإقطاع ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، وإقطاع استغلال ، وإقطاع ارفاق . وإقطاع التمليك ينقسم إلى موات ، وعامر ، ومعادن . وإقطاع الاستغلال نوعان : عشر ، وخراج .

١ ـ حكم إقطاع الموات : أما إقطاع الموات : فيجوز باتفاق المذاهب للإمام إقطاع موات لمن يحييه ، فيؤدي إلى عمارة البلاد ، لأنه ﷺ ـ كما بينا ـ أقطع بلال بن الحارث العقيق ، وأقطع وائل بن حجر أرضاً ، وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان جمعاً من الصحابة .

فإن أقطع الإمام أرضاً لشخص ، ملكها عند المالكية[1] وإن لم يعمرها بشيء ، فله بيعها وهبتها ، وتورث عنه . وليس هو من الإحياء ، بل هو تمليك مجرد .

ولا يملك الموات بالإقطاع عند الجمهور[2] (غير المالكية) ، لأنه لو ملكه ما جاز استرجاعه ، بل يصير المقطع كالمتحجر الشارع في الإحياء ، فيكون أحق به إذا أحياه في خلال مدة ، أقصاها عند الحنفية ثلاث سنين ، لقول عمر : « ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق » .

ولا ينبغي للإمام أن يقطع من الموات إلا ما قدر المقطع على إحيائه ؛ لأن في إقطاعه أكثر من هذا القدر تضييقاً على الناس في حق مشترك بينهم ، مما لا فائدة فيه ، فيدخل به الضرر على المسلمين .

فإن أقطع الإمام أحداً أكثر من القدر الذي يمكن إحياؤه ، ثم تبين عجزه عن عمارته أو إحيائه استرجعه الإمام منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٣ ، الاحكام السلطانية لابي يعلى : ص ٢١٢ ، كشاف القناع : ٢١٦/٤ ، الشرح الصغير : ٩٠/٤ .

(٢) البدائع : ١٩٤/٦ ، المهذب : ٤٢٦/١ ، المغني : ٥٢٦/٥ ـ ٥٢٧ ، كشاف القناع : ٢١٦/٤ وما بعدها .

عن عمارته ، من العقيق الذي أقطعه إياه رسول الله ﷺ . وهذا هو المراد بالمصلحة التي يجوز الإقطاع لأجلها ؛ لأن الحكم يدور مع علته .

وللإمام عند الحنابلة إقطاع غير موات تمليكاً ، وانتفاعاً للمصلحة[1] . ويجوز الإقطاع من مال الخراج ، كما يجوز من مال الجزية[2] .

وقال المالكية[3] : لا يقطع الإمام معمور أرض العنوة كأرض مصر والشام والعراق ، أي الصالحة لزرع الحب ملكاً ؛ لأنها وقف عندهم ، بل يقطعها إمتاعاً وانتفاعاً . وأما مالا يصلح لزرع الحب ، وان صلح لغرس الشجر ، وليس من العقار ، فإنه من الموات ، يقطعه ملكاً وانتفاعاً .

وأما أرض الصلح فلا يقطعها الإمام لأحد مطلقاً ؛ لأنها مملوكة لأربابها .

٢ ـ حكم إقطاع العامر وهو إقطاع الإرفاق : قال الشافعية والحنابلة[4] : يجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب للمساجد ونحوها ، ومقاعد الأسواق ، والطرق الواسعة ، إقطاع انتفاع ، ولا يملكه المقطع وإنما ينتفع به مالم يضيق على الناس أو يضر بالمارة ، فمن أقطع شيئاً مما ذكر صار أحق بالجلوس في الموضع ؛ لأن للإمام النظر والاجتهاد ، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالإقطاع ، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه ، بمنزلة السابق إليه من غير إقطاع ، إلا في فارق واحد : وهو أن السابق لشيء إذا انتقل عنه بنقل متاعه منه ، زال استحقاقه ، لزوال المعنى الذي استحق به . وفي الإقطاع لايزول استحقاقه سواء نقل متاعه إليه أو لم ينقل ، جلس فيه أو تركه ؛ لأنه استحق بإقطاع الإمام ، فلا يزول حقه بترك الجلوس فيه .

---

(١) كشاف القناع : ٢١٧/٤ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الشرح الصغير : ٩١/٤ وما بعدها ، الشرح الكبير : ٦٨/٤ .

(٤) المهذب : ٤٢٧/١ ، المغني : ٥٢٦/٥ ، كشاف القناع : ٢١٧/٤ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٤ ، الاحكام السلطانية لأبي يعلى : ص ٢١٣ .

وللجالس في الرحاب أو الطرق أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من حصير وكساء للحاجة إليه ، وليس له بناء شيء في الطريق ، ولا في رحبة المسجد ، لما فيه من التضييق .

وليس للجالس بطريق واسع الجلوس بحيث يمنع جاره رؤية المتعاملين معه ، أو يضيق على جاره في كيل أو وزن أو أخذ أو عطاء ، لحديث « لا ضرر ولا ضرار » .

٣ ـ حكم إقطاع المعادن وملكيتها :

تعريف المعادن ، والفرق بينها وبين الرّكاز أو الكنز ، وأنواعها ، وحكم ملكيتها وإقطاعها في المذاهب .

المستخرج من الأرض بالبحث والتنقيب : إما معدن ، أو ركاز أو كنز .

تعريف المعادن : المعادن أو الفلزات : هي ما يوجد في باطن الأرض من أصل الخلقة ، كالذهب والفضة ، والنحاس والحديد والرصاص .

والرّكاز أو الكنز : هو المال المدفون في الأرض بفعل صاحبه ، أو بأثر حادث إلهي ، كزلزال أو رياح عاتية ، أدى إلى طمر بلد مع ما فيها من ثروات .

والفرق بين المعدن والركاز : أن المعدن جزء من الأرض ، وأن الركاز ليس جزءاً من الأرض ، وإنما هو دفين مودع فيها ، بفعل الانسان[1] .

أنواع المعادن : المعادن عند الحنفية أنواع[2] :

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٨٧/١ وما بعدها ، مختصر المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ علي الخفيف : ص ٢٩ ، الاموال ونظرية العقد ، للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٩٤ .

(٢) البدائع : ٦٧/٢ ، ٦٨ .

آ ـ ما يقبل الطرق والسحب، فيعمل منه الصفائح والحلي والأسلاك، أو ما يذوب بالإذابة و ينطبع بالحلية ـ بتعبير الفقهاء، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها.

ب ـ مالا يقبل الطرق والسحب أو مالا يذوب بالإذابة، كالماس والياقوت والبلور والعقيق والفيروز والكحل والزرنيخ، ونحوها.

جـ ـ المعادن السائلة أو المائعة، كالنفط والقار ونحوها من الزيوت المعدنية.

وقسم الشافعية والحنابلة[1] المعادن قسمين: ظاهرة وباطنة.

آ ـ فالظاهرة: هي البارزة غير المختلطة بالأرض، التي لا تحتاج إلى مشقة في استخراجها أو الوصول إليها، كالنفط والقار (الزفت) والملح والكحل والكبريت.

ب ـ والباطنة: هي التي تحتاج إلى جهد وعمل لاستخراجها، كالذهب والحديد والنحاس والرصاص.

حكم المعادن عند الحنفية[2]:

لا تكون أرض المعادن، كأرض الملح والقار والنفط ونحوها مما لا يستغني عنها المسلمون أو الأمة، أرض موات. فلا يجوز للإمام أن يقطعها لأحد؛ لأنها حق لعامة المسلمين، وفي الإقطاع إبطال حقهم، وهو لا يجوز[3].

وحكم ملكيتها وزكاتها فيما يأتي: لا يقول الحنفية بالتفرقة في مقدار الزكاة بين المعدن والكنز، والركاز يشمل الاثنين وكلاهما من البَر، وهناك معادن البحر.

---

(١) الاحكام السلطانية للماوردي: ص ١٨٩ وما بعدها، الاحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٩ وما بعدها.

(٢) البدائع: ٦٥/٢ ـ ٦٨، تبيين الحقائق: ٢٨٨/١ وما بعدها، الدر المختار: ٥٩/٢ وما بعدها.

(٣) البدائع: ١٦٤/٦، الدر المختار: ٣٠٨/٥.

أولاً ـ المعدن : آ ـ إن كان في أرض غير مملوكة في دار الإسلام ، وكان مما يقبل الطرق والسحب ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ، قليلاً أو كثيراً : يكون فيه الخمس لبيت المال كالواجب في الغنيمة ، والباقي وهو الأربعة الأخماس لمن عثر عليه ، كائناً من كان إلا الحربي المستأمن ، فإنه يسترد منه الكل .

ودليلهم : قوله ﷺ :« وفي الركاز الخمس »[1] والركاز : اسم للمعدن حقيقة ، ويطلق على الكنز مجازاً ؛ لأن العرب تقول : أركز الرجل : إذا أصاب ركازاً ، وهي قطع من الذهب تخرج من المعادن[2] . وروى أبو يوسف عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « في الركاز الخمس ، قيل : وما الركاز يارسول الله ؟ قال : الذي خلقه الله في الأرض يوم خلقت »[3] فدل النص عندهم على أن الركاز يطلق على المعدن ، فالمعدن ركاز ، وعلى المال المدفون .

ب ـ وإن كان المعدن مما لا يقبل الطرق والسحب ، كالماس والياقوت وسائر الأحجار الكريمة ، فلا خمس فيه ، ويكون كله للواجد ؛ لأنه من جنس الأرض ، كالتراب والأحجار العادية ، إلا أنها مضيئة ، ولا خمس في الحجر .

جـ ـ وإن كان المعدن مائعاً كالنفط والقير : فلا شيء فيه لبيت المال ، وكله لمن وجده ؛ لأنه كالماء ، ولا يقصد بالاستيلاء ، فلا يعتبر كالغنائم ، التي يجب فيها الخمس .

أما الزئبق : ففيه الخمس ؛ لأنه ينطبع مع غيره ، وإن كان مما لا ينطبع بنفسه ، فأشبه الفضة .

د ـ وإن وجد المعدن في أرض مملوكة لبعض الناس ، أو دار أو منزل أو حانوت ،

---

(١) رواه الجماعة (أحمد والائمة الستة) عن أبي هريرة (نيل الاوطار : ١٤٧/٤ ، نصب الراية : ٣٨٠/٢) .

(٢) خالفهم الجمهور في الحكم ، فقالوا : لا يقال للمعدن ركاز ، لحديث : « والمعدن جبار ـ أي هدر ـ وفي الركاز الخمس » فقد فرق بينهما بالعطف ، فدل ذلك على المغايرة .

(٣) نصب الراية : ٣٨٠/٢ .

فلا خوف عند الحنفية في أن الأربعة الأخماس لصاحب الملك ، وان وجده غيره في أرضه ؛ لأن المعدن من توابع الأرض ، لأنه من أجزائها التي خلق فيها .

وأما الخمس فهو لبيت المال إذا كان الموجود مما يقبل الطرق والسحب عند الصاحبين ، للحديث المتقدم : « وفي الركاز الخمس » من غير تفصيل بين الأرض المملوكة وغيرها .

وعند أبي حنيفة : لا خمس فيه ، على من وجده في أرضه أو داره .

ثانياً - الكنز :

آ - إن كان إسلامياً ، بأن وجد عليه علامة الاسلام ، كالمصحف والدراهم المكتوب عليها : « لا إله إلا الله محمد رسول الله » ، ووجد في أرض غير مملوكة ، كالجبال والمغاور ونحوها ، كان بمنزلة اللقطة ، فيجب على واجده التعريف به ، ثم الانتفاع به ان كان فقيراً ، والتصدق به إن كان غنياً .

ب - وإن كان غير اسلامي ، بأن وجد عليه علامة الجاهلية أو الرومان أو الفرس ، كان لبيت المال الخمس ، والباقي وهو الأربعة الأخماس للواجد ، بلا خلاف عندهم .

جـ - وإن كان الكنز في أرض مملوكة : وجب فيه الخمس بلا خلاف ، للحديث السابق : « وفي الركاز الخمس » . والباقي للمالك ثم لورثته عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : هو للواجد ؛ لأنه غنيمة وصل إليها قبل غيره .

د - وإن وجد الكنز في دار الحرب : فإن وجد في أرض غير مملوكة لأحد ، فهو للواجد ، ولا خمس فيه ، لأنه مال أخذه ، لا بطريق القهر والغلبة . وإن وجد في أرض مملوكة ، ففيه الخمس لبيت المال ، والباقي للمالك عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف : للواجد ؛ لأنه مباح سبقت يده إليه ، أي كما هو المقرر في دار الإسلام .

ثالثاً ـ المستخرج من البحر : كاللؤلؤ والمرجان والعنبر، وكل حلية تستخرج من البحر، لاشيء فيه لبيت المال عند أبي حنيفة ومحمد، وجميعه للواجد، بدليل ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن العنبر، فقال : هو شيء دسره البحر، لا خمس فيه، ولأن يد الكفرة لم تثبت على باطن البحار التي يستخرج منها اللؤلؤ والعنبر، فلم يكن الخارج منها مأخوذاً بطريق القهر لهم، فلا يكون غنيمة، فلا خمس فيه . والعنبر: هو الطيب المعروف .

وعند أبي يوسف : في كل ما خرج من البحر من الحلي والجواهر: الخمس لبيت المال، والباقي لواجده أو مستخرجه، بدليل أن عمر رضي الله عنه كتب لعامل له وجد لؤلؤة بأن فيها الخمس، وبأن الكفار كانوا يملكون الأرض كلها براً وبحراً، فيكون كل ما يصير من أموالهم إلينا غنيمة، وفي الغنائم الخمس بنص القرآن[1]. وهذاالرأي هو الأولى بالاتباع في الظروف الدولية الحاضرة .

وذكر أبو عبيد أقوالاً مختلفة، منها كما قال أبو حنيفة ومحمد، ومنها قول لعمر وعمر بن عبد العزيز: أن معادن البحر كمعادن البر، فيها الزكاة إذا بلغت نصاباً[2] .

المعادن عند المالكية[3] :

المعدن غير الركاز، والركاز هو الكنز، والمعدن : هو ما يخرج من الأرض من ذهب أو فضة بعمل وتصفية . ومذهب المالكية يتفق مع النظرة الحديثة للدول في ملكية المعادن .

---

(١) البدائع : ٦٨/٢ .

(٢) الاموال : ص ٣٤٥ ـ ٣٤٧ .

(٣) القوانين الفقهية : ص ١٠٢ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه : ٦٥٠/١ ـ ٦٥٤ .

أولاً ـ المعدن : ملكيته ، والواجب فيه :

أما ملكيته فأنواع ثلاثة :

آ ـ إن كان في أرض غير مملوكة لأحد : فهو للإمام أي السلطان أو نائبه ، يقطعه لمن شاء من المسلمين ، انتفاعاً ، لا تمليكاً ، أو يجعله في بيت المال للمصلحة أو المنفعة العامة ، ولا يختص بشيء منه من وجد في أرضه .

ب ـ أن يكون في أرض مملوكة لمالك معين : هو للإمام في مشهور المذهب ، وقيل : لصاحب الأرض .

جـ ـ أن يكون في أرض مملوكة لغير معين ، كأرض العنوة والصلح : المعتمد أنه للإمام ، وقيل : لمن افتتحها .

والخلاصة : أن المعادن الجامدة والسائلة للدولة عند المالكية في مشهور المذهب ؛ لأن المعادن قد يجدها شرار الناس ، فلو لم يكن حكمها للإمام ، لأدى الأمر إلى الفتن والهرج .

وأما الواجب في المعدن فهو الزكاة : وهي ربع العشر[1] إن كان نصاباً . فإن كان دون النصاب ، فلا شيء فيه . ولا حول في زكاة المعدن ، بل يزكى لوقته ، كالزرع .

ثانياً ـ الركاز : وهو الكنز ، يختلف حكمه باختلاف الأرض التي وجد فيها . وهي أربعة أنواع :

الأول ـ أن يوجد في الفيافي ، ويكون من دفن (مدفون) الجاهلية ، فهو لواجده ، وفيه الخمس لبيت المال مطلقاً ، ذهباً كان أو غيره ، قل أو كثر .

---

(١) هذا هو مقدار زكاة الذهب والفضة ، كما ثبت في السنة (نيل الاوطار : ١٣٧/٤) .

الثاني - أن يوجد في أرض مملوكة : قيل : يكون لواجده ، وقيل : يكون لمالك الأرض .

الثالث - أن يوجد في أرض فتحت عنوة : قيل : لواجده ، وقيل للذين افتتحوا الأرض .

الرابع - أن يوجد في أرض فتحت صلحاً : قيل : لواجده ، وقيل : لأهل الصلح .

وهذا كله ما لم يكن بطابع المسلمين . فإن كان بطابع المسلمين فحكمه حكم اللقطة ، يعرّف سنة إذا لم يعلم صاحبه أو وارثه ، فإن لم يعرف فمحله هو بيت مال المسلمين .

والخلاصة : أن في الركاز الخمس لبيت المال ، وباقيه لواجده إن لم تكن الأرض مملوكة . فإن كانت مملوكة ، فلمالك الأرض الأصلي الذي ملكها بإحياء ثم لوارثه ، لا لمالكها الحالي مطلقاً سواء ملكها بشراء أو هبة .

هذا إن علم المالك الأصلي (البائع الأصلي أو الواهب) ، والا فلقطة .

المعادن عند الشافعية والحنابلة[1] :

آ - المعدن غير الركاز عندهم . فالمعدن : هو ما تولد من الأرض ، وكان من غير جنسها فهو جزء من الأرض . والركاز : هو دفين الجاهلية أو من تقدم من الكفار . ويفرقون بين نوعين فيها وهي المعادن الظاهرة : وهي ما برزت بلا عمل ، ويتوصل إليها بلا مؤنة أي لا تحتاج لعزل عن غيرها ، وإنما العمل والجهد في تحصيلها ، كالنفط والقار والملح والكبريت .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٩٤/١ - ٣٩٦ ، المهذب : ١٥٧/١ وما بعدها ، ٤٢٥ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣/٤ ، الاحكام السلطانية للماوردي : ص ١٨٩ وما بعدها . المغني : ١٧/٣ - ٢٧ ، ٥٢٠/٥ - ٥٢٤ ، ٥٤٤ ، كشاف القناع : ٢٥٩/٢ - ٢٦٥ ، ٢٠٨/٤ وما بعدها ، ٢١٦ وما بعدها ، الاحكام السلطانية لابي يعلى : ص ٢١٩ وما بعدها .

والمعادن الباطنة : وهي التي تحتاج لاستخراجها إلى عمل ومؤنة كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ، أي تحتاج لفصلها عن غيرها لاختلاطها بالتراب .

ب ـ والمعادن الظاهرة : لا يجوز إقطاعها لأحد من الناس سواء إقطاع تمليك أو إقطاع ارفاق ، بل هي للجميع ، ينتفعون بها ، ولا تملك بإحياء أرض موات ، وجدت فيها ، عند الشافعية ، وفي الأظهر عند الحنابلة ؛ لأن هذه الأمور مشتركة بين الناس ، مسلمهم وكافرهم كالماء والكلأ ، كما في الحديث «الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار» ولأنها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها من أحيا الأرض بملك الأرض ، كالكنز ؛ ولأنه ﷺ أقطع رجلاً ملح مأرب ، فقال رجل : يارسول الله ، إنه كالماء العدّ (أي الماء الجاري العذب) قال : فلا ، إذن[١] .

والمعادن الباطنة : لا يملكها بمجرد الحفر والعمل من كشفها وأحياها في الأظهر عند الشافعية ، وظاهر المذهب عند الحنابلة ، كالمعدن الظاهر ؛ لأن إحياء الأرض الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها المحيا للانتفاع من غير تكرار عمل . وهذا أي حفر المعدن : حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع ، فمجرد الاكتشاف لا يكون سبباً لملك المعادن .

جـ ـ ومن أحيا أرضاً مواتاً ، فملكها بذلك ، فظهر فيها معدن باطن كالذهب أو الفضة ، ملكه عند الشافعية ؛ لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها ، ومن أجزائها المعدن ، بخلاف الركاز أو الكنز ، فإنه مودع فيها للنقل عنها . أما المعدن الظاهر ، فلا يملك كما عرفنا بالإحياء عند الشافعية ؛ لأنه حق للجميع[٢] .

وقال الحنابلة[٣] : من أحيا أرضاً مواتاً ، فملكها ، فيملك المعادن الجامدة ؛ لأنه

---

(١) رواه الترمذي وأبو داود وباقي أصحاب السنن الاربعة ، وصححه ابن حبان عن ابيض بن حمال (نيل الاوطار : ٣١٠/٥) .

(٢) مغني المحتاج : ٣٧٢/٢ ـ ٣٧٣ .

(٣) المغني : ٥٢٢/٥ .

ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا المعدن منها ، فدخل في ملكه على سبيل التبعية . وأما المعادن الجارية كالنفط والقار والماء ، فأظهر الروايتين عندهم أن محيي الأرض لا يملكها ؛ لأن الناس شركاء فيها ، لحديث « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار »[1] .

د ـ ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر أو باطن ، فهو أحق بما ينال منه دون أن يملكه ، لقول النبي ﷺ : « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم ، فهو له » رواه أبو داود .

والخلاصة : أن المعادن الظاهرة للدولة في ظاهر المذهب عند الشافعية والحنابلة . وأما المعادن الباطنة فلا يملكها مكتشفها ، وتكون للدولة أيضاً . فإن ظهرت المعادن في أرض أحياها شخص ، فيملك المحيي المعدن الباطن عند الشافعية . ويملك عند الحنابلة فقط المعدن الجامد دون السائل .

هـ ـ أما الواجب في المعدن : فهو ربع العشر ، إن كان ذهباً أو فضة فقط عند الشافعية ، وكذلك إن كان من غيرهما وبلغت قيمته نصاباً عند الحنابلة .

و ـ وأما الكنز : وهو دفين الجاهلية ، فيجب فيه الخمس في بيت المال ، والباقي إن وجد بأرض مملوكة ، فهو عند الشافعية والحنابلة لمالك الأرض بيمينه إن ادعاه ، وإلا فهو لمن ملك منه أي لمن سبقه من المالكين . أما إن وجد في موات أو ملك أحياه ، فهو لواجده .

وإن كان الكنز إسلامياً ، وعلم مالكه ، فهو له ، وإلا فهو لقطة . وكذلك إن جهل كونه اسلامياً أم جاهلياً ، هو لمالكه إن عرف ، وإلا فهو لقطة . وهذا باتفاق الشافعية والحنابلة .

---

(١) والرواية الثانية : يملكها لانها خارجة من أرضه المملوكة له ، فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة . وقد مشى القاضي أبو يعلى في الاحكام السلطانية (ص ٢٢٠) على هذه الرواية .

الفصل الرابع

حقوق الارتفاق

الكلام فيها في مبحثين :

المبحث الأول ـ تعريف حق الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع ، ووصفه الفقهي ، وأحكامه العامة .

المبحث الثاني ـ أنواع حقوق الارتفاق .

المبحث الأول ـ تعريف حق الارتفاق ، والفرق بينه وبين حق الانتفاع ، ووصفه الفقهي وأحكامه العامة .

أولاً ـ تعريف حق الارتفاق : الارتفاق في اللغة : الانتفاع بالشيء . وشرعاً هو أحد أنواع الملك الناقص[1] . وهو حق عيني[2] قصر على عقار ، لمنفعة عقار آخر مملوك لغير الأول ، أيا كان شخص المالك ، كإجراء الماء من أرض الجار ، أو تصريف

(١) الملك كما هو معروف نوعان : ملك تام : وهو ملك الرقبة (ذات الشيء) والمنفعة . وملك ناقص : وهو ملك المنفعة . وملك المنفعة : قد يكون حقا شخصيا للمنتفع أي يتبع شخصه ، لا العين المملوكة ، وقد يكون حقا عينيا ، أي تابعا للعين المملوكة دائما ، فينتقل من شخص إلى آخر .

(٢) الحق في اصطلاح القانونيين نوعان : حق عيني وحق شخصي . فالاول : هو علاقة مباشرة بين شخص وشيء معين بذاته ، مثل حق الملكية وحق الارتفاق . وحق شخصي : هو علاقة شرعية بين شخصين ، احدهما يكون مكلفا بعمل ، والآخر بالامتناع عن عمل ، كعلاقة الدائن والمدين ، يكلف المدين بأداء الدين ، وهذا عمل ، وعلاقة المودع بالوديع ، فللاول حق على الوديع في ألا يستعمل الوديعة ، وهذا امتناع عن عمل .

الماء الملوث في مصرف معين ، أو المرور في أرض الغير ، أو البناء فوق دار غيره (حق التعلي) ، سواء أكانت الأرض المرتفق بها مملوكة ملكاً عاماً أم خاصاً ، وبقطع النظر عن شخصية مالك العقار المرتفق ، والمرتفق به ، ولذا وصف حق الارتفاق بأنه « حق عيني » فلو كان العقاران لمالك واحد ، لم يثبت حق الارتفاق .

ثانياً ـ الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع :

كل من هذين الحقين من أنواع الحقوق العينية لا الشخصية ، لكن يظل بينهما فروق[1] .

١ ـ إن حق الارتفاق مقرر لعقار . وأما حق الانتفاع فهو مقرر لشخص . فحق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية ، فينتفع به كل مالك لها ، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معين .

أما حق الانتفاع فإنه خاص بشخص المنتفع ، فإذا مات انتهى حقه ، سواء أكان ناشئاً بين الأحياء كالإجارة والإعارة ، أم بين ميت وحي كالوصية والوقف .

٢ ـ يكون حق الارتفاق مقرراً دائماً على عقار ، ولذا تقل به قيمته عن الأرض الخالية من مثل هذا الحق . أما حق الانتفاع فقد يتعلق بالعقار ، كأرض أعيرت ، وقد يتعلق بالمنقول مثل كتاب أعير .

٣ ـ حق الارتفاق دائم لا ينتهي بوقت ، فيورث باتفاق المذاهب . أما حق الانتفاع فهو مؤقت ينتهي بموت شخص المنتفع كالموصى له بمنفعة أرض .

ثالثاً ـ وصفه الفقهي :

حق الارتفاق عند الحنفية ليس مالاً ، وإنما هو حق مالي يسوغ لمالكه الانتفاع

---

(١) راجع مختصر أحكام المعاملات الشرعية لاستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ١٥ ـ ١٦ .

به . ويترتب على كونه ليس مالاً عند الحنفية[1] : أنه لايجوز بيعه مستقلاً عن الأرض ، وإنما يباع تبعاً لها ، ولا يجوز هبته أو التصدق به ؛ لأنه تمليك ، والحقوق المجردة لاتحتمل التمليك . ولا يجوز أيضاً الصلح عليه في دعوى تتعلق بالمال أو الحق في القصاص في النفس وما دونها ؛ لأن الصلح في معنى البيع أي المبادلة المالية ، والبيع لايجوز .

ولا يصح جعله مهراً في عقد الزواج ؛ لأنه يترتب عليه التمليك ، وحق الارتفاق لا يقبل التمليك ، وإنما يجب في هذه الحالة مهر المثل .

كما لا يصح جعله بدل الخلع ، بأن اختلعت المرأة نفسها عليه ؛ لأن بذل العوض تمليك ، والارتفاق لايحتمل التمليك . ويجب على المرأة حينئذ رد المأخوذ من المهر .

ويترتب على كونه حقاً مالياً[2] :

أنه يمكن أن يورث ؛ لأن الإرث عند الحنفية يجري في الأموال وفي بعض الحقوق كخيار العيب .

ويصح أن يوصى بالانتفاع به ، كالإيصاء لرجل بأن يسقي أرضه مدة معلومة من حق الشرب لفلان . والإيصاء كالارث يصح في الأموال والحقوق ، لكن إذا مات الموصى له تبطل الوصية .

ويصح بيع الأرض دون حق الارتفاق ، ولا يدخل حق الارتفاق كحق الشِرْب مثلاً في بيع الأرض إلا بالنص عليه صراحة ، أو بذكر ما يدل عليه ، كأن يقول البائع : بعت الأرض بحقوقها أو بمرافقها ، أو كل قليل وكثير حولها .

---

(١) البدائع : ١٨٩/٦ ـ ١٩٠ ، تبيين الحقائق : ٤٣/٦ .

(٢) المرجعان السابقان ، الدر المختار : ٣١٦/٥ .

رابعاً ـ أحكام حق الارتفاق العامة :

لحقوق الارتفاق أحكام عامة وخاصة ، أما الخاصة فتذكر مع أنواع الارتفاقات وأما الأحكام العامة فمنها ما يأتي :

١ ـ يجب ألا يؤدي استعمالها إلى الإضرار بالغير عملاً بقاعدة : « لاضرر ولا ضرار » ، فلا يجوز للمار بأرض غيره إلحاق الأذى بغيره . وليس لمن يسقي أرضه بحق الشرب مثلاً أن يسرف في الماء بحيث يضر بمن تحته من المنتفعين بمجرى الماء .

٢ ـ إما أن تثبت حقوق الارتفاق على أملاك عامة أو خاصة . أما الأملاك العامة : فمثل الأنهار الكبيرة كالنيل ودجلة والفرات ، أو الطرق والمرافق العامة كالقناطر والجسور التي لاتختص بأحد . وحق الارتفاق المقرر عليها ثابت للناس جميعاً ، بلا إذن من أحد عند غير أبي حنيفة[(١)] .

وأما الأملاك الخاصة بفرد أو أفراد فلا يثبت حق الارتفاق عليها إلا بإذن المالك .

وإذا لم يعرف سبب حق الارتفاق ، يترك لصاحبه حق الانتفاع به ، ويفترض كونه قديماً حادثاً بسبب مشروع عملاً بقاعدة « القديم يترك على قدمه » بشرط ألا يكون ضاراً بالغير كالمسيل القذر الذي يلوث ماء بئر الجيران ، أو النافذة المنخفضة التي تطل على مقر نساء الجار ، فيجب إزالة منشأ الضرر ، عملاً بقاعدة أخرى هي قيد في سابقتها وهي : « الضرر لا يكون قديماً »[(٢)] .

---

(١) عبارةالشافعية في ذلك : منفعة الشارع المرور ، ويجوز الجلوس به لاستراحة ومعاملة ونحوهما اذا لم يضيق على المارة ، ولا يشترط اذن الامام (المنهاج للنووي مع مغني المحتاج : ٣٦٩/٤) .

(٢) انظر المدخل الفقهي العام للاستاذ الزرقاء : ف ٥٩٦ وما بعدها .

المبحث الثاني ـ أنواع حقوق الارتفاق :

حقوق الارتفاق المهمة عند الحنفية تنحصر في ستة هي : حق الشرب ، والطريق ، والمجرى ، والمسيل ، والتعلي ، والجوار ، ولا يجوز عند الحنفية إنشاء حقوق ارتفاق أخرى ؛ لأن في إنشائها تقييداً للملكية ، والأصل فيها ألا تقبل تقييداً ، وما قيدت به هو استثناء ، لا يتوسع فيه .

ورأي المالكية أنها غير محصورة فيما ذكر ، فيجوز إنشاء حقوق ارتفاق أخرى بالإرادة ، كأن يلتزم شخص ألا يقيم في ناحية من أرضه بناء أو يغرس شجراً ، أو ألا يرتفع إلى ارتفاع معين[1] .

المطلب الأول ـ حق الشرب :

معناه ، أنواع المياه ، وحكم ملكية كل نوع ، الأحكام العامة للانتفاع بالمياه ، كري الأنهار .

أولاً ـ معنى حق الشرب : الشرب (بكسر الشين) في اللغة : النصيب من الماء ، قال صالح عليه السلام فيما قصه الله في القرآن : ﴿ هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ . ويطلق أيضاً على زمن الشرب . ويستعمله الشرعيون في المعنيين . فالشرب في الشرع : النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار . وهذا عند أكثر الفقهاء . وقد يستعمل في نوبة الانتفاع بالماء أو زمن الانتفاع لسقي الشجر أو الزرع .

ويلحق به حق الشفة : وهو حق الشرب (بضم الشين) : وهو ما يخص الانسان

---

(١) الحق والالتزام للاستاذ الشيخ علي الخفيف : ص ٦٤ ، الأموال ونظرية العقد ، يوسف موسى : ص ١٧١ وما بعدها .

والحيوان من الماء لشربه . ويراد به تحقيق حاجة الانسان إلى الماء لشربه وشرب دوابه .

ثانياً ـ أنواع المياه بالنسبة لحق الشرب والشفة : المياه تنقسم باعتبار هذين الحقين إلى أنواع أربعة :

الماء المحرز في أوان خاصة ، ماء العيون والآبار ونحوها ، ماء الأنهار أو الجداول الخاصة ، ماء الأنهار العامة .

النوع الأول ـ الماء المحرز في أوان خاصة : هو ماحازه صاحبه في آنية أو ظروف خاصة كالجرار والصهاريج والحياض والأنابيب ، ومنه مياه الشركات في المدن المتخصصة لتأمين ماء الدور . وهذا الماء ملك خاص لمن أحرزه ، بالاستيلاء عليه ككل مباح يمتلك بإحرازه . فليس لأحد حق الانتفاع به إلا بإذن صاحبه ، ولصاحبه بيعه أو التصرف به كما يشاء[1] ، فقد روي عن النبي ﷺ أنه « نهى عن بيع الماء إلا ماحمل منه »[2] . وقد خصص حديث المنع من بيع فضل الماء[3] بالقياس على جواز بيع الحطب إذا أحرزه الحاطب ، لحديث الرجل الذي أمره النبي ﷺ بالاحتطاب ليستغني به عن السؤال[4] .

وبالرغم من كون هذا الماء مملوكاً لصاحبه ، فيجوز للمضطر الذي خاف على نفسه الهلاك من العطش : أن يشرب منه أو يأخذ منه حاجته ، ولو بالقوة ، ليدفع الهلاك عن نفسه إذا كان فاضلاً عن حاجة صاحبه ، بأن كان يكفي لحفظ رمقهما ، ولم

---

(١) البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق . ٣٩/٦ ، تكملة الفتح : ١٤٤/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ٣١١/٥ ـ ٣١٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، المهذب : ٤٢٧/١ ، المغني : ٥٣٦/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢٢٢/٤ ، الخراج لابي يوسف : ص ٩٥ ، ٩٧ .

(٢) الاموال لابن سلام : ص ٣٠٢ .

(٣) رواه أحمد وأصحاب السنن الا ابن ماجه ، وصححه الترمذي عن اياس بن عبد .

(٤) متفق عليه من حديث أبي هريرة .

يجد المضطر ماء آخر، ولكن يجب عليه دفع قيمة الماء ؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير» أو أن حل الأخذ للاضطرار لا ينافي الضمان . والأولى أن يقاتله بغير سلاح كالعصا ؛ لأنه ارتكب معصية ، فكان ذلك كالتعزير له .

النوع الثاني ـ ماء العيون والآبار والحياض : وهو الذي يستخرجه الشخص لنفسه : وحكمه عند الحنفية[1] : أنه ليس بمملوك لصاحبه ، بل هو مباح في نفسه ولصاحبه حق خاص فيه ، سواء أكان في أرض مباحة ، أو مملوكة ؛ لأن الماء في الأصل مباح لجميع الناس ، لقوله ﷺ : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار»[2] .

وعليه ، فإنه يثبت فيه حق الشفة ، دون حق الشرب ، فالأول لا يختص بشخص دون آخر ، فهو لمستحقه ، ولغيره من الناس ، يأخذون منه حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستعمالهم المنزلي .

فإن أبى صاحبه ، كان للمحتاج أخذه جبراً ، ولو بالقوة ، وله أن يقاتله بسلاح ؛ لأن الماء في البئر مباح غير مملوك ، ولكن يشترط ألا يجد المحتاج ماء آخر قريباً منه .

والدليل لحق المحتاج : أن قوماً سَفْرا وردوا ماء ، فطلبوا من أهله السماح لهم بالشرب منه ، وبسقي دوابهم التي كادت أن تهلك من العطش ، فأبوا ، فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : « هلا وضعتم فيهم السلاح »[3] .

ويلاحظ أن حكم هذين النوعين متشابه تقريباً إلا أن الأول ملك لصاحبه ،

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) روي من حديث رجل عن أبي داود ، ومن حديث ابن عباس باسناد جيد عن ابن ماجه ، ومن حديث ابن عمر عند الطبراني في معجمه (نصب الراية : ٢٩٤/٤) ورواه أحمد أيضا . وجاء في حديث آخر « لايُمنع فضل الماء » وهو أن يسقي الرجل أرضه ، ثم تبقى من الماء بقية لايحتاج إليها ، فلا يجوز له أن يبيعها ولا يمنع منها أحد ينتفع بها ، هذا إذا لم يكن الماء مِلكَه ، أو على قول من يرى أن الماء لايُملك .

(٣) الخراج لابي يوسف : ص ٩٧ .

والثاني غير مملوك ، وللمضطر الذي يخاف الضرر على نفسه أن يأخذ الماء الفائض عن الحاجة ، ولو بالقوة ، لكن في النوع الأول بغير سلاح ، وفي الثاني يجوز استخدام السلاح . ويتجلى في هذا النوع صفة حق الارتفاق بنحو أوضح من غيره .

وقال الشافعية في الأصح عندهم[1] : يملك الشخص ماء البئر المحفورة في الأرض الموات للتملك ، أو المحفورة في ملك خاص ؛ لأنه نماء ملكه ، كالثمرة واللبن والشجر النابت في ملكه .

ولا يلزم المالك عند الشافعية بذل ما فضل عن حاجته لزرع وشجر ، ويجب بذل الفاضل منه عن شربه وشرب ماشيته ، وزرعه ، لشرب غيره من الآدميين ولماشية غيره ، على الصحيح لحرمة الروح ، ولخبر الصحيحين : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ » أي من حيث إن الماشية إنما ترعى بقرب الماء ، فإذا منع من الماء فقد منع من الكلأ ، والمراد : هو نفع البئر المباحة ، أي ليس لأحد أن يَغلِب عليه ، ويمنع الناس منه ، حتى يحوزه في إناء ويملكه .

النوع الثالث ـ ماء الأنهار الخاصة :

وهو ماء الأنهار أو الجداول الصغيرة الخاصة المملوكة لبعض الناس ، وحكمه كالنوع الثاني[2] : يثبت لكل أحد فيه حق الشفة ، لا حق الشرب ، فلكل إنسان الحق في الانتفاع به لنفسه ودوابه وإن لحق به ضرر يسير ؛ لأن « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ، ولكن ليس له أن يسقي منه زرعه وشجره ، إلا بإذن صاحبه ، فلصاحبه أن يمنع الغير من سقي الزرع والأشجار (حق الشرب) لأن له في مائه حقاً خاصاً .

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٧٥ .

(٢) البدائع : ٦/١٨٩ ، الدر المختار ورد المحتار : ٥/٣١١ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٦/٣٩ ، الخراج لأبي يوسف : ص ٩٥ ، تكملة الفتح : ٨/١٤٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، المهذب : ١/٤٢٧ وما بعدها ، المغني : ٤/٧٩ ، ٥/٥٣٦ ، كشاف القناع : ٤/٢٢١ ، نهاية المحتاج : ٤/٢٥٧ ، مغني المحتاج : ٢/٣٧٥ .

ولا يجوز لصاحبه عند الحنفية بيع حق الشرب منفرداً ، بأن باع شرب يوم ، أو أكثر ؛ لأنه عبارة عن حق الشرب والسقي ، والحقوق لا تحتمل عندهم الإفراد بالبيع والشراء . فلو باع الأرض مع الشرب ، جاز تبعاً للأرض ، ويجوز أن يجعل الشيء تبعاً لغيره ، وإن كان لا يجوز بيعه مستقلاً عن غيره . ولا يدخل الشرب في بيع الأرض - كما أشرنا سابقاً - إلا بالتسمية صراحة ، أو بذكر ما يدل عليه ، بأن يقول : بعتها بحقوقها أو بمرافقها . لكنهم أجازوا بيع الماء المعلوم القدر المحرز أو المملوك ، للشرب ، لا للشفة (شرب الإنسان والحيوان) .

كذلك أجاز المالكية والشافعية والحنابلة بيع الماء المملوك مستقلاً عن الأرض ، ولكن يستحب لصاحبه أن يبذله بغير ثمن . ولا يجبر على بذله ، إلا أن يكون قوم اشتد بهم العطش فخافوا الموت ، فيجب عليهم سقيهم (حق الشفة) ، فإن منعهم ، فلهم أن يقاتلوه على منعه .

وصرح الشافعية بأنه يشترط في بيع الماء تقديره بكيل أو وزن ، لا بريّ الماشية أو الزرع[1] .

النوع الرابع - ماء الأنهار العامة :

وهو الذي يجري في مجارٍ عامة غير مملوكة لأحد ، وإنما هي للجماعة ، مثل النيل ودجلة والفرات ونحوها من الأنهار العظيمة .

وحكمه[2] : أنه لا ملك لأحد في هذه الأنهار ، لا في الماء ولا في المجرى ، بل هو حق للجماعة كلها ، فلكل واحد حق الانتفاع بها ، بالشفة (سقي نفسه ودوابه) والشرب (سقي زروعه وأشجاره) ، وشق الجداول منها ، ونصب الآلات عليها لجر

---

(١) نهاية المحتاج : ٢٥٧/٤ .

(٢) البدائع : ١٩٢/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٩/٦ ، تكملة الفتح : ١٤٤/٨ ، الدر المختار : ٣١١/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٩ ، المهذب : ٤٢٨/١ ، المغني : ٥٣١/٥ ، نهاية المحتاج : ٢٠٥/٤ ، مغني المحتاج : ٣٧٣/٢ .

الماء لأرضه ، ونحوها من وسائل الانتفاع بالماء ، وليس للحاكم منع أحد من الانتفاع بكل الوجوه ، إذا لم يضر الفعل بالنهر أو بالغير أو بالجماعة . كما هو الحكم المقرر بالانتفاع في الطرق أو المرافق العامة .

فإذا أضر ، فلكل واحد من المسلمين منعه أو الحد من تصرفه لإزالة الضرر ؛ لأنه حق لعامة المسلمين ، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر ، كالانتفاع بالمرافق العامة ، إذ لا ضرر ولا ضرار . والدليل على كون هذه الأنهار غير مملوكة لأحد ، وإنما الحق فيها مشاع للجميع : هو قوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : في الماء والكلأ والنار »[1] وفي رواية « والملح » وشركة الناس فيها شركة إباحة ، لا شركة ملك ، لعدم إحرازها ، فهم سواء في الانتفاع بها ومنها الماء العام ، فيثبت لهم حق الشرب .

ثالثاً ـ الأحكام العامة لحق الشرب أو الانتفاع بالمياه :

للانتفاع بالمياه أحكام عامة أهمها ما يأتي[2] :

أ ـ المحافظة على حافة البئر أو العين أو النهر (مجرى الماء مطلقاً) : فإن لم يفعل كان لصاحب المجرى منعه من الانتفاع ، دفعاً للضرر عنه ، عملاً بالحديث النبوي : « لا ضرر ولا ضرار » . ومن الضرر تسرب الماء إلى أرض الجار على وجه غير معتاد ، وعليه الضمان إذا كان متعدياً . قال الحنفية : ولا يضمن من ملأ أرضه ماء ، فنزت أرض جاره أو غرقت ، أي في حال السقي المعتاد الذي تتحمله الأرض عادة ، لأنه

---

(١) المراد بالماء : ما ليس بمحرز ، فإذا أحرز فقد ملك ، فخرج من أن يكون مباحاً ، كالصيد إذا أحرز ، فلا يجوز لأحد أن ينتفع به حينئذ إلا بإذنه . والمراد بالكلأ : الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ، ومن غير أن يزرعه ويسقيه ، فيملكه من قطعه وأحرزه ، وإن كان في أرض غيره . والمراد بالنار : الاستضاءة بضوئها ، والاصطلاء بها ، والإيقاد من لهبها ، وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك إن كانت في الصحراء ، بخلاف مالو أراد غيره أن يأخذ الجمر ، لأنه ملكه ، ويتضرر بذلك ، فكان له منعه كسائر أملاكه ، إلا إذا لم يكن له قيمة (تبيين الحقائق : ٣٩/٦) .

(٢) انظر الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٧٥ وما بعدها .

متسبب غير متعد ، فإن كان السقي غير معتاد ، ضمن وعليه الفتوى[1] .

ب ـ يجب على المنتفع إمرار الماء من طريق عام إن وجد ، فإن لم يوجد ، كان على صاحب الطريق الخاص الإذن بإمرار الماء ، أو إخراج حاجته من الماء ، لقول عمر رضي الله عنه لمحمد بن مَسْلَمة حينما شكاه الضحاك بن خليفة الذي أراد إمرار ماء من أرض ابن مَسْلمة : « والله ، ليمرَّن به ، ولو على بطنك »[2] .

ج ـ حق الشرب يورث ، وتصح الوصية بالانتفاع به ، حتى عند الحنفية ، الذين يرون عدم توارث الحقوق والمنافع إلا ما استثني ، ويجوز بيعه تبعاً للأرض ، لا مستقلاً منفرداً عنها عند الحنفية ، كما أوضحنا سابقاً ؛ لأنه مجهول الكمية ، وبيع المجهول لا يصح لما فيه من الضرر أو الظلم ، ولأن الحقوق عند الحنفية ليست بمال متقوم في ظاهر الرواية ، فلا تقبل الإفراد بالبيع أو الهبة أو الإجارة أو التصدق بها[3] .

والأولى الأخذ برأي غير الحنفية القائلين بجواز التصرف في الحقوق والمنافع ؛ لأنها أموال متقومة ، في عرف الناس .

د ـ إذا كان الماء مملوكاً لشخص واحد ، كان له حق الانتفاع به كيفما شاء ، فإن كان الماء لجماعة مشتركة أو أناس كثيرين ، وزع بينهم بالعدل ، إما بالمناوبة الزمانية (المهايأة) : بأن يستقل واحد بالماء في زمن معين . وإما بالكوى ، أي بفتحات جانبية للماء إلى المزارع والجداول ، بما يتناسب ومساحة أرض كل منتفع بهذا الماء . وهذا رأي الشافعية أيضاً[4] . ومقتضى العدل في التوزيع : أنه إذا كان نهر بين قوم ، واختصموا في الشرب ، كان الشرب بينهم على قدر مساحة أراضيهم ، كما بينا ؛ لأن

---

(١) تكملة الفتح : ١٤٩/٨ ، الدر المختار : ٣١٧/٥ .

(٢) تنوير الحوالك شرح الموطأ : ٢١٨/٢ وما بعدها .

(٣) الدر المختار : ٣١٦/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤٣/٦ ، تكملة الفتح : ١٥٠/٨ ، البدائع : ١٨٩/٦ .

(٤) المهذب : ٤٢٨/١ ، مغني المحتاج : ٣٧٥/٢ .

المقصود هو الانتفاع بسقي الأراضي ، فيقدر حقهم بقدرها ، بخلاف الطريق ؛ لأن المقصود منه هو المرور ، وهو لا يختلف قدره سعة وضيقاً .

كما أن مقتضى العدل أيضاً أن يتم تغيير التوزيع برضا الجميع ، فليس لمشترك بلا رضاهم أن يشق جدولاً من النهر ، أو ينصب عليه رحى ، أو آلة نزح ، أو جسراً ، أو يوسع فم النهر ، أو أن يقسم بالأيام بعد أن كانت القسمة بالفتحات أو أن يسوق نصيبه إلى أرض أخرى ليس لها فيه شرب ؛ لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ، ولأنه يمنع الضرر بالآخرين ، وفي التوسعة وغيرها إضرار بهم[1] .

هـ - يصح رفع دعوى الشِرْب بغير أرض استحساناً عند الحنفية[2] ؛ لأن الشرب مرغوب فيه ، منتفع به ، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإرث ، أو الوصية ، ولأنه قد تباع الأرض دون الشرب فيبقى الشرب وحده ، فإذا استولى عليه غيره ، كان له أن يدفع الظلم عن نفسه ، بإثبات حقه بالبينة .

و- ينتفع الناس بماء الأمطار أو السيول أو النهر الصغير الذي يزدحم الناس فيه : بأن يبدأ بالأعلى ، فيسقي أرضه ، حتى يصل إلى الكعب (النهاية) ، ثم يرسله إلى من يليه ، فيسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه ، ثم يرسله إلى من يليه ، فيفعل كذلك ، وهلم جرا إلى آخره[3] ، لحديث عبادة : « أن النبي ﷺ قضى في شرب النخل من السيل : أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ، ويترك الماء إلى الكعبين ، ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه ، وكذلك حتى تنقضي الحوائط ، أو يفنى الماء »[4] .

وروى عبد الله بن الزبير : أن الزبير ورجلاً من الأنصار تنازعا في شراج

---

(١) الدر المختار : ٣١٥/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤٢/٦ ، تكملة الفتح : ١٤٨/٨ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٢٥٨/٤ ، المهذب : ٤٢٨/١ ، المغني : ٥٣٣/٥ - ٥٣٦ .

(٢) الدر المختار : ٣١٤/٥ ، تبيين الحقائق : ٤٠/٦ ، تكملة الفتح : ١٤٧/٨ .

(٣) المهذب : ٤٢٨/١ ، مغني المحتاج : ٣٧٣/٢ ، كشاف القناع : ٢١٩/٤ وما بعدها ، المغني : ٥٣١/٥ .

(٤) رواه ابن ماجه ، وعبد الله بن أحمد . ورواه أبو داود بإسناد حسن .

الحرة[1] التي يسقى بها النخل ، فقال الأنصاري للزبير : سرّح الماء ، فأبى الزبير ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ للزبير : اسق أرضك ، ثم أرسل الماء إلى أرض جارك . فقال الأنصاري : أن كان ابن عمتك يا رسول الله ، فتلوّن وجه رسول الله ﷺ ، فقال : يا زبير ، اسق أرضك ، إلى أن يبلغ الجذر» قال الزبير : فوالله ، إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه : ﴿ فلا ، وربك لا يؤمنون حتى يحكّموك فيما شجر بينهم ﴾[2] .

وروى مالك في الموطأ أيضاً عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أنه بلغه : أن رسول الله ﷺ قال في سيل مهزور ومذينب : « يمسك حتى الكعبين ، ثم يرسل الأعلى على الأسفل »[3] .

رابعاً ـ كري الأنهار التي يكون منها الشرب :

الكري : إخراج الطين من أرض النهر ، وحفره ، وإصلاح ضفتيه . ويلحق به إصلاح الجسور ونحوها .

ومؤنة الكري أي نفقته بحسب نوع النهر ، والأنهار أنواع ثلاثة[4] :

الأول : النهر العام غير المملوك لأحد ، كالفرات والنيل : نفقة كريه وإصلاحه من بيت مال المسلمين ، من الخراج والجزية ، دون العشور والصدقات ؛

---

(١) الحرة : أرض في المدينة ذات حجارة سود . والشراج جمع شرج ، والشرج : نهر صغير .

(٢) متفق عليه في الصحيحين ، ورواه مالك في موطئه عن عبد الله بن الزبير (جامع الأصول : ٥٦٥/١٠) والمراد بقوله : « احبس الماء حتى يبلغ الجذر » : أن يصل مبلغ تمام الشرب ، من جذر الحساب : أصل كل شيء . وقيل : أراد أصل الحائط . ويلاحظ أن رواية الحديث بالدال : « يرجع إلى الجدر » أي الكعبين .

(٣) تنوير الحوالك : ٢١٧/٢ .

(٤) تكملة الفتح : ٤٦/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ٣١٣/٥ وما بعدها ، البدائع : ١٩١/٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤٠/٦ وما بعدها .

لأنه للمصلحة العامة ، فيختص بنفقته بيت المال ، عملاً بالحديث النبوي : « الخراج بالضمان »[1] .

فإن لم يكن في بيت المال شيء ، أجبر الحاكم الناس على إصلاح النهر ، إن امتنعوا عنه ، دفعاً للضرر ، وتحقيقاً للمصلحة العامة . قال عمر في مثله : « لو تركتم ، لبعتم أولادكم » .

وتفرض مؤنة الاصلاح على الأغنياء الموسرين الذين لا يطيقون الاصلاح بأنفسهم ، كما هو الشأن في تجهيز الجيوش . ويكلف القادرون على العمل بأنفسهم ، وتكون نفقتهم على الأغنياء .

الثاني : النهر المملوك لأهله العام الداخل في المقاسم ، ويمكن قسمته ، ويشترك به جماعة هم أصحاب النهر ، فهو عام من وجه ، وخاص من وجه : نفقة إصلاحه على أهله ؛ لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص ، فعليهم إصلاحه لأن الغنم بالغرم . ومن أبى منهم يجبر على الإنفاق ، دفعاً للضرر العام الذي يلحق بقية الشركاء .

فالمملوك : بأن دخل في المقاسم : عام وخاص[2] . والخاص وهو النوع الثالث : هو ما يشترك فيه فئة محصورة . والعام : هو المملوك لجماعة غير محصورة

الثالث : النهر المملوك لأهله الخاص بفئة محدودة : نفقة إصلاحه على أهله أيضاً ؛ لأن نفعه عائد إليهم . لكن إن امتنع جميعهم عن الإصلاح ، لم يجبرهم الحاكم ، كالممتنع عن عمارة أرضه وداره . فإن امتنع بعضهم دون الآخرين ، فقيل : يجبر الآبي ؛ لأن النفع للكل ، وقيل : لا يجبر ؛ لأن في إجباره اضراراً به . ويمكن دفع

---

(١) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) عن عائشة وضعفه البخاري (سبل السلام : ٣٠/٣) .

(٢) المملوك الداخل في المقاسم : عام وخاص . والفاصل بينهما : أن ماتستحق به الشفعة خاص وهو النوع الثالث ، ومالا تستحق به الشفعة عام . واختلف في تحديد الخاص : فقيل : هو ما كان لعشرة ، أو عليه قرية واحدة . وقيل : لما دون أربعين أو مائة أو ألف . والأصح : تفويضه لرأي المجتهد ، فيختار أي قول شاء .

الضرر عن شركائه برجوعه عليه بحصته من النفقة ، إذا تم الإصلاح بأمر القاضي .

واختلف **في كيفية الكري على الشركاء** ، إذا احتاج النهر في مسيله إلى إصلاح منطقة ليست في أعلاه : فقال أبو حنيفة : مؤنة كري النهر المشترك على الشركاء من أعلاه ، فإذا جازوا أرض رجل منهم دون حاجة إلى الكري ، بريء من مؤنة الكري ؛ لأن المقصد من الكري الانتفاع بالسقي ، وقد حصل لصاحب الأعلى ، فلا يلزمه نفع غيره .

وقال الصاحبان : الكري على الشركاء جميعهم ، من أوله إلى آخره ، بحصص الشرب والأراضي ؛ لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل ، لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه . وهذا الرأي هو المعقول في تقديري .

واتفق أئمة الحنفية على أن الإصلاح إذا كان من أعلى النهر ، فمؤنة إصلاحه على الشركاء جميعاً ، لتوقف انتفاعهم به على إصلاحه .

المطلب الثاني ـ حق الشفة :

يلحق حق الشفة بحق الشرب ، وتكاد تكون أحكامها واحدة مع بعض الفوارق البسيطة :

معنى حق الشفة : هو حق الانتفاع بالماء لشرب الإنسان والاستعمال المنزلي من طبخ وغسل ونحوهما ، ولسقي البهائم بالشفاه لدفع العطش ونحوه . أو هو حاجة الإنسان إلى الماء لشربه أو لشرب دوابه ولانتفاعه المنزلي[1] .

وأحكامه تختلف بحسب نوع الماء . والمياه أربعة أقسام[2] :

---

(١) مختصر المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف : ص ١٨ .

(٢) تكملة الفتح : ١٤٤/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٤٠/٦ ، البدائع : ١٨٨/٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣١١/٥ وما بعدها .

الأول ـ ماء البحار : لكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأراضي ، والانتفاع بها بأي وجه ؛ لأنها غير مملوكة ، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء .

الثاني ـ ماء الأنهار العظيمة كالفرات ودجلة والنيل ، وسيحون وجيحون ونحوها : للناس فيه الشفة مطلقاً ، وحق سقي الأراضي ؛ لأنها مباحة في الأصل لكل إنسان شرباً وسقياً ، ما لم يضر بالجماعة ؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب ، ولأن الانتفاع بالمباح إنما يجوز إذا لم يضر بأحد ، كتخريب النهر أو كسر ضفته ، فتغرق القرى والأراضي .

الثالث ـ ماء الأنهار الصغيرة المملوكة الخاصة بقوم محصورين وهو المسمى عند الفقهاء « ماء المقاسم » : حق الشفة ثابت فيه ، للضرورة ، ولأن الأصل في الماء اشتراك الناس فيه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الناس شركاء في ثلاث : الماء ، والكلأ والنار» ولأن استصحاب الماء إلى كل مكان أمر متعذر ، والناس بحاجة إليه ، فلو منعوا منه ، وقعوا في حرج عظيم .

لكن إذا كان ماء النهر أو البئر المملوك لجماعة في أرض مملوكة : فلصاحب الأرض أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه ، إذا كان يجد ماء بقربه[1] .

فإن لم يجد يقال له : إما أن تخرج الماء إليه ، أو تتركه ، بشرط ألا يضر النهر أو البئر كأن يكسر ضفته أي جانبه ؛ لأن للمضطر أو المحتاج حق الشفة في ماء النهر أو البئر أو الحوض عند الحاجة .

فلو منعه صاحب الأرض ، وهو أو دابته في حالة عطش ، كان له أن يقاتله بالسلاح ليأخذ قدر ما يدفع عن نفسه الهلاك ، لقول عمر السابق : « هلا وضعتم فيهم

(١) حد القرب : ميل كما في التيمم ، والميل أربعة آلاف ذراع ، والذراع : ٦١/٦ سم ، فالميل : ١٨٤٨ م .

السلاح ؟ » ولأنه قصد إتلافه بمنع الشفة عنه ، وهو حقه ؛ لأن ماء البئر أو النهر ونحوهما مباح غير مملوك .

والأصح أن للناس الأخذ من هذا الماء ونقله للوضوء وغسل الثياب ؛ لأن منعه من الدناءة ، قال عليه الصلاة والسلام : « إن الله تعالى يحب معالي الأمور، ويكره سفسافها »[1] .

والأصح أن لصاحب الماء منع من أراد الأخذ منه لسقي الشجر أو الخضر في داره ، بحمله بالجرار ونحوها إلا بإذنه .

كذلك إذا كانت الشفة تأتي على الماء كله ، بأن كان جدولاً صغيراً ، والمواشي الواردة عليه كثيرة ، فقال أكثر الفقهاء منهم الحنفية : للمالك حق المنع ، لأنه يلحقه ضرر به ، كسقي الأرض .

الرابع ـ الماء المحرز في الأواني : مملوك لصاحبه بالإحراز، فلا يحق لغيره الانتفاع به إلا بإذن صاحبه ، لا شرباً ولا سقياً ولا غيره .

لكن للمضطر الذي يخاف على نفسه من الهلاك بسبب العطش ، ولم يجد سوى هذا الماء المحرز : أن يأخذ هذا الماء من صاحبه ، ولو بالقوة ، لكن بغير سلاح إذا كان الماء فاضلاً عن حاجة صاحبه ، كما بينا في حق الشرب .

المطلب الثالث ـ حق المجرى :

تعريفه ، وأحكامه .

تعريف حق المجرى : هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء ، في إجراء الماء إلى أرضه لسقيها . وقد يكون المجرى نفسه مملوكاً لصاحب المجرى ، أو

---

(١) رواه الطبراني عن الحسين بن علي ، وهو حديث حسن .

لصاحب الأرض التي هو فيها وهو الكثير، أو لهما معاً، أو مشتركاً بين كثيرين .

أحكامه : المبدأ العام في الشرع أنه ليس لصاحب الأرض منع جاره من إمرار الماء في أرضه ، عملاً بقول عمر المتقدم ، لمن منع جاره من إرسال الماء في أرضه : « والله ليمرن به ، ولو على بطنك » .

وليس لصاحب الأرض أيضاً أن ينقل المجرى من مكانه إلا برضا أصحاب الحق فيه ، ولهم الحق في ترميمه ، ومنع تسرب الماء منه ، وتعميقه ، وتقوية جانبيه . كما أن لصاحب الأرض مطالبتهم بإصلاحه ، حتى لا يتسرب الماء منه ، فيتلف مزروعاته .

وإذا كان المجرى مشتركاً بين جماعة ، فليس لأحدهم سده إلا برضا الجميع على أن يسده كل واحد في نوبته . فإن منعوه من سده ، كان له رفع الماء إلى أرضه بآلة[١] ، ودليل اشتراط رضا الجميع بسد المجرى هو قاعدة : « يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام » .

وحق المجرى إن كان قديماً في أرض الغير يترك على حاله[٢] ، عملاً بقاعدة : « القديم يترك على قدمه » ، ولا يُزال ، إلا إذا كان فيه ضرر على صاحب الأرض ، عملاً بقاعدة : « الضرر لا يكون قديماً » .

وإن أريد إحداث مجرى جديد : فإن كان في طريق عام ، أنشئ بإذن السلطة ، لمنع الضرر وتحقيق المصلحة العامة .

وإن كان في أرض مملوكة لغيره ، أحدث بإذن المالك ، ولكن ليس للمالك المنع من إحداثه ، ما لم يلحق به ضرر بسببه ، عملاً بقول عمر السابق : « والله ليمرن به ولو

---

(١) البدائع : ١٩٠/٦وما بعدها ، الأموال ونظرية العقد : ص ١٧٦ وما بعدها ، مختصر المعاملات الشرعية : ص ٢٠ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٣١٤/٥ ، الخراج لأبي يوسف : ص ٩٩ .

على بطنك »[1] .

المطلب الرابع ـ حق المسيل :

تعريفه ، وحكمه .

حق المسيل : هو حق تصريف الماء الزائد عن الحاجة ، أو غير الصالح ، إلى المصارف والمجاري العامة ، بواسطة مجرى سطحي أو أنبوب مستور ، سواء من أرض أو دار أو مصنع .

والفرق بينه وبين حق المجرى : هو أن حق المجرى لجلب الماء الصالح للأرض ، وحق المسيل لتصريف الماء غير الصالح عن الأرض أو الدار ونحوها .

والمسيل قد يكون مملوكاً للمنتفع به ، أو لصاحب الأرض التي يمر فيها ، وقد يكون في مرفق عام .

وإذا تعينت أرض الجار لإحداث المسيل ، لم يجز لمالكها المعارضة أو الممانعة فيه ، إلا إذا ترتب عليه ضرر بيّن . ويظل هذا الحق قائماً ، وإن تغيرت صفة الأرض المقرر لها ، كأن كانت أرضاً زراعية ، فصارت منزلاً أو مصنعاً مثلاً .

وإذا كان حق المسيل قديماً ، بقي على حاله ، ما لم يكن ضاراً بالمصلحة العامة أو الخاصة ، فيجب حينئذ إزالته ؛ لأن « الضرر يزال » ، ولا يحتج بتقادم الضرر ؛ لأن « الضرر لا يكون قديماً » .

---

(١) والقصة هي : روى مالك في موطئه (٢١٨/٢) عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه : أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : لم تمنعني ، وهو لك منفعة ، تشرب به أولاً وآخراً ، ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : لم تمنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع ، تسقي به أولاً وآخراً ، وهو لا يضرك ؟ فقال محمد : لا ، والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ، ولو على بطنك . فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . وانظر الخراج ليحيى بن آدم : ص ١١٠ .

وتجب نفقات إصلاح المسيل، على المنتفع به، إذا كان في ملكه، أو في ملك غيره. فإن كان في أرض عامة، فنفقة الإصلاح على بيت المال[1].

المطلب الخامس ـ حق المرور:

تعريفه، وأحكامه.

حق المرور: هو حق أن يصل الإنسان إلى ملكه، داراً أو أرضاً، بطريق يمر فيه، سواء أكان من طريق عام، أم من طريق خاص مملوك له أو لغيره، أو لهما معاً.

وحكمه يختلف بحسب نوع الطريق:

أ ـ فإن كان الطريق عاماً: فلكل إنسان حق الانتفاع به، لأنه من المباحات، سواء بالمرور، أو بفتح نافذة أو طريق فرعي عليه، أو إنشاء شرفة ونحوها، وله إيقاف الدواب أو السيارات أو إنشاء مركز للبيع والشراء. ولا يتقيد إلا بشرطين[2]:

الأول: السلامة، وعدم الإضرار بالآخرين، إذ لا ضرر ولا ضرار[3].

الثاني: الإذن فيه من الحاكم.

فإن أضر المار أو المنتفع بالآخرين، كأن أعاق المرور، منع. وإن لم يترتب على فعله ضرر، جاز بشرط إذن الحاكم عند أبي حنيفة، ولا يشترط الإذن عند الصاحبين، على ما سنبين في حق التعلي. كذلك لا يشترط إذن الإمام عند الشافعية

---

(١) أملية مختصر المعاملات الشرعية للخفيف: ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٣١٩/٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ١٤٢/٦ وما بعدها، جامع الفصولين: ١٩٧/٢، تكملة الفتح: ٣٣٠/٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ١٨٢/٢.

(٣) أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، بمعنى أنه لا يجوز إنشاء الضرر، ولا مقابلة الضرر بمثله.. والضرر في الجزاء: أن يتعدى المجازي عن قدر حقه في القصاص وغيره.

والحنابلة[1] كقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به».

وقال المالكية[2]: من بنى في طريق المسلمين أو أضاف شيئاً من الطريق إلى ملكه، منع منه باتفاق.

وقال الشافعية[3]: الطريق النافذ أي الشارع لا يتصرف فيه بما يضر المارّة في مرورهم فيه؛ لأن الحق فيه للمسلمين كافة، فلا يشرع فيه جَناح أي روشن، ولا ساباط (أي سقيفة على حائطين والطريق بينهما) يضر الناس كلٌّ منهما.

ب ـ وأما إن كان الطريق خاصاً: فحق الانتفاع به مقصور على صاحبه أو أهله أو المشتركين فيه، فليس لغيرهم أن يفتح عليه باباً أو نافذة إلا بإذن منهم، ولكل الناس حق المرور فيه عند زحمة الطريق العام، وليس لأصحابه سده أو إزالته، احتراماً لحق العامة فيه.

كذلك ليس لأحد من أصحاب الحق في الطريق الخاص الارتفاق به على غير الوجه المعروف إلا بإذن الشركاء كلهم، حتى المشتري من أحدهم بعد الإذن، كإحداث غرفة، أو بناء شرفة، أو ميزاب ونحوه[4].

المطلب السادس ـ حق التعلي:

تعريفه، وحكم تصرف المالك الأعلى أو الأسفل في ملكه.

حق التعلي: هو حق القرار الدائم أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا، على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة.

---

(١) مغني المحتاج: ٣٦٩/٢، المغني: ٥٤٤/٥.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٤١.

(٣) مغني المحتاج: ١٨٢/٢.

(٤) الدر المختار ورد المحتار: ٣٢٠/٥، تكملة الفتح، تبيين الحقائق: المكان السابق، القوانين الفقهية: ص ٣٤١، مغني المحتاج: ١٨٤/٢.

وهـذا حق دائم ثـابت لصـاحب العلو ، على حسـاب السفل ، فيكون للعلو حق البقاء والقرار على ذلك السفل ، دون أن يتملك عنـد الحنفيـة سقفـه ، فلا يزول الحق بهدمه ، أو انهدام السفل ، أو هما معاً ، و يظل هذا الحق قائماً ، يجري فيه التوارث .

وقـال المـالكيـة[1] : السقف الـذي بين الطـابقين لصـاحب السفـل ، وعليـه إصلاحه وبناؤه إن انهدم ، ولصاحب العلو الجلوس عليه ، أي كما قال الحنفية .

وقال الشافعيـة[2] : السقف مشترك بين صـاحب العلو والسفل كالجـدار بين ملكين ، لاشتراكهما في الانتفـاع بـه ، فـإنـه سـاتر لصـاحب السفل وأرضـه لصـاحب العلو ، فلصاحب العلو الاستناد إليه ، وليس لأحدهما دق وتـد أو فتح كوة ونحوه ممـا يضايق إلا بإذن الآخر . ولصاحب العلو الانتفاع بالسقف بحسب العادة ، و إذا انهدم المشترك بين اثنين ليس لأحدهما إجبار الآخر على العمارة ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر والممتنع يتضرر بتكليف العمارة .

ولا يباع حق التعلي عند الحنفية استقلالاً ، فبيعه غير صحيح ، لأنه ليس بمال .

وقال غير الحنفيـة : يجوز بيعـه استقلالاً ؛ لأن الحقوق أموال عنـدهم . وهـذا هو المعقول والأصح فقهاً وعرفاً وعملاً .

واختلف أبو حنيفة مع صاحبيـه في مـدى حق التصرف لكل من صـاحب العلو وصاحب السفل[3] :

فقال أبو حنيفة : الأصل في تصرفات المالـك في ملكـه ، إذا تعلق بـه حق الغير :

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٤١ .

(٢) مغني المحتاج : ١٩٣/٢ ، روضة الطالبين للنووي : ٢١٩/٤ ، ٢٢٦ .

(٣) تبيين الحقائق : ١٩٤/٤ ـ ١٩٦ ، فتح القدير : ٥٠٢/٥ وما بعدها ، ٥٠٦ ، البدائع : ٢٦٤/٦ ومـا بعـدهـا ، الـدر المختار ورد المحتار : ٢٧٥/٤ ـ ٢٧٧ .

الحظر ؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير، فليس للجار التصرف في ملكه من غير رضا صاحب الحق ، وإن لم يضره هذا التصرف .

وبناء عليه : ليس لصاحب السفل أن يحدث في بنائه أي تغيير، كدق وتد ، أو فتح نافذة ، أو رفع جدار، إلا برضا صاحب العلو ، وإن لم يضر به . وليس لصاحب العلو زيادة بناء يوهن السفل .

وقال الصاحبان : الأصل في تصرف الجار الإباحة ؛ لأنه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي إطلاق التصرف ، كما يشاء المالك ، إلا إذا لحق بسببه ضرر بالغير، فيمنع حينئذ المالك منه ، وبناء عليه : لصاحب السفل أو الطابق الأدنى أن يصنع ما لا يضر بالبناء الأعلى .

وهذا الرأي هو المعقول ، والأصح في تقديري ، وهو الاستحسان المفتى به عند الحنفية[1] .

المطلب السابع ـ حق الجوار :

تعريفه ، ومدى صلاحيته أو حق الجار بالتصرف في ملكه .

حق الجوار : المراد به هو حق الجوار الجانبي : وهو الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاورها ، ويكون لكل من الجارين الحق في الارتفاق بعقار جاره ، على ألا يلحق به ضرراً بيناً فاحشاً .

والامتناع عما يوذي الجار واجب ديانة ، لقوله ﷺ : « لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه »[2] أي غوائله وشروره ، ومع ذلك للفقهاء آراء قضائية في منع

---

(١) انظر الدر المختار : ٣٧٥/٤ .

(٢) رواه مسلم عن أبي هريرة .

الضرر بالجار[1] :

فقال أبو حنيفة بمقتضى القياس ، والشافعية والظاهرية : لصاحب الملك أن يفعل في ملكه ما يشاء ، وهو مطلق التصرف في خالص ملكه ، وإن ألحق الضرر بغيره ، فله فتح ما شاء من النوافذ ، وهدم ما شاء من الجدران ، وحفر ما رأى من الآبار ، وإنشاء ما يشاء من المصانع ، واتخاذ ما أراد من السكنى أو المتجر .

لكن في الجدار المشترك : قال الشافعية في الجديد[2] : ليس لأحد الشريكين وضع جذوعه عليه بغير إذن شريكه ، وليس له أن يدق وتداً أو يفتح كوَّة أو نحوهما مما يضايق فيه عادة إلا بإذن شريكه ، ولا أن يستند إليه ويسند متاعاً لا يضر ، وله ولغيره مثل هذا الانتفاع في جدار الأجنبي ؛ لأنه لا ضرر على المالك ، فلا يضايق فيه ، بل له الانتفاع ، ولو منعه المالك .

وقال الصاحبان بمقتضى الاستحسان الذي أخذت به المجلة : يتقيد استعمال مالك العقار وتصرفه بما لا يؤدي إلى ضرر بيّن فاحش بجاره ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » . وهذا هو المفتى به عند الحنفية .

والضرر البين الفاحش : ما يكون سبباً لهدم أو سقوط بناء الجار ، أو ما يوهن البناء ، أو ما يوذي الجار أذىً بالغاً على وجه دائم ، أو ما يؤدي إلى سلخ حق الانتفاع بالكلية : وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية ، كأن يحول داره إلى فرن أو مصنع للحديد أو مطحنة للحبوب ، أو حمام أو تنور أو يبني جداراً يمنع به الضرر عن جاره .

فإن فعل شيئاً مما ذكر ، منع منه ، وأمر بإزالته ، وكان ضامناً ما يترتب عليه من تلف بدار جاره ، سواء أكان بالمباشرة أم بالتسبب .

---

(١) البدائع : ٢٦٤/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٥٠٦/٥ ، المبسوط : ٢١/١٥ ، الام : ٢٢٢/٣ وما بعدها ، ط الأميرية ، المحلى : ٢٤١/٨ ، م ١٣٥٥ ، مختصر المعاملات الشرعية : ص ٢٣ .

(٢) مغني المحتاج : ١٨٩/٢ .

وقال المالكية والحنابلة[1] : يتقيد استعمال المالك بألا يضر بالآخرين ، ولو بالنية والقصد ، فإن لم تكن له مصلحة ظاهرة في التصرف ، أو لم يقصد سوى الإضرار بالآخرين ، منع منه ؛ لأن المسلم ممنوع من قصد الإضرار .

لكن المشهور عند المالكية أن الشخص لا يمنع إذا أراد أن يعلي بنياناً يمنع جاره الضوء والشمس ، ويمنع إذا أراد أن يبني بنياناً يمنع الهواء . واتفق المالكية على منع أنواع من الضرر المحدث ، هي : فتح كوة أو طاقة يكشف منها على جاره ، فيؤمر بسدها أو سترها ، وأن يبني شخص في داره فرناً أو حماماً أو كير حداد ، أو صائغ ، مما يضر بجاره دخانه ، فيمنع منه إلا إن احتال في إزالة الدخان . وأن يصرف ماءه على دار جاره أو على سقفه ، أو يجري في داره ماء ، فيضر بحيطان جاره . ومن طرق تجنب الضرر : كاتم الصوت وعازل الحرارة ، وصفاية الدخان .

والخلاصة : أن الاتجاه الأقوى في الفقه الإسلامي يجيز للمالك أن يتصرف في ملكه بما لا ضرر فيه على الجار ، أما ما بان ضرره الفاحش ، أو أشكل فيه الحال ، فإنه ممنوع .

وإذا كان الشيء قديماً قبل الجوار ، يظل قائماً ، ما لم يكن فيه ضرر بالجار الجديد .

---

(١) الموافقات : ٣٤٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٤١ .

الفصل الخامس

عقود استثمار الأرض

المزارعة، المساقاة، المغارسَة

العقد الأول ـ المزارعة أو المخابرة

تعريفها، ومشروعيتها، وركنها وصفة العقد، وشرائطها، وأنواعها أو أحوالها، وحكمها وانتهاؤها وحالات فسخها. وفيه مباحث خمسة:

المبحث الأول ـ تعريف المزارعة ومشروعيتها وركنها وصفة العقد:

أولاً ـ تعريف المزارعة: المزارعة لغة. مفاعلة من الزرع: هو الإنبات. وشرعاً: عقد على الزرع ببعض الخارج[1]. وعرفها المالكية: بأنها الشركة في الزرع[2]. وعرفها الحنابلة بأنها: دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها، والزرع بينهما[3].

وتسمى أيضاً المخابرة (من الخَبار: وهي الأرض اللينة)، والمحاقلة، ويسميها أهل العراق: القَراح. ووصف الشافعية[4] المخابرة بأنها: عمل الأرض ببعض ما يخرج

---

(١) البدائع: ١٧٥/٦، تبيين الحقائق: ٢٧٨/٥، الدر المختار: ١٩٣/٥، تكلة الفتح: ٣٢/٨.

(٢) الشرح الكبير: ٣٧٢/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٨٠.

(٣) المغني: ٣٨٢/٥، كشاف القناع: ٥٢٣/٣.

(٤) مغني المحتاج: ٣٢٣/٢ وما بعدها.

منها ، والبذر من العامل . والمزارعة : هي المخابرة ، ولكن البذر فيها يكون من المالك .

ثانياً ـ مشروعيتها : لم يجز أبو حنيفة وزفر المزارعة ، وقالا : هي فاسدة ، وبعبارة أخرى : المزارعة بالثلث والربع في رأيها باطلة[١] . وكذلك لم يجز الشافعي المزارعة وإنما تجوز عند الشافعية فقط تبعاً للمساقاة للحاجة ، فلو كان بين النخل بياض صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل بشرط اتحاد العامل ، وعسر إفراد النخل بالسقي ، والبياض بالعمارة : وهي الزراعة لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها . والأصح أنه يشترط : ألا يفصل العاقدان بين العقدين وإنما يؤتى بهما على الاتصال ، وألا يقدم المزارعة على المساقاة ، لأنها تابعة ، والتابع لا يقدم على متبوعه . ولا تجوز المخابرة عند الشافعية تبعاً للمساقاة ، لعدم ورود مشروعيتها[٢] . ودليل أبي حنيفة وزفر والشافعي على عدم مشروعية المزارعة أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة[٣] : وهي المزارعة . ولأن أجر المزارع : وهو مما تخرجه الأرض إما معدوم لعدم وجوده عند العقد ، أو مجهول لجهالة مقدار ما تخرجه الأرض ، وقد لا تخرج شيئاً ، وكل من الجهالة وانعدام محل العقد مفسد عقد الإجارة .

وأما معاملة النبي ﷺ أهل خيبر ـ كما سيأتي ـ فكان خراج مقاسمة[٤] كثلث أو ربع غلة الأرض ، بطريق المن والصلح ، وهو جائز .

---

(١) العناية بهامش تكملة الفتح : ٣٢/٨ ، وتقييدهم بالثلث والربع باعتبار العادة في ذلك ، ولتقرير محل النزاع ، إذ لو لم يعين المقدار فسدت اتفاقاً .

(٢) مغني المحتاج : ٣٢٤/٢ ، المهذب : ٣٩٤/١ .

(٣) أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله ، وأخرجه أيضاً عن ابن عمر : أن رافع بن خديج روى أن رسول الله ﷺ نهى عنه (نصب الراية : ١٨٠/٤) وروى مسلم أيضاً عن ثابت بن الضحاك « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة » وروى أبو داود والنسائي وأحمد والبخاري حديث رافع بالنهي عن كراء الأرض (نيل الأوطار : ٢٧٥/٥ ، ٢٨٠) .

(٤) الخراج نوعان : خراج وظيفة : وهو فرض جزء مقطوع معلوم سنوياً على جزء معلوم من مساحة الأرض المفتوحة . وخراج مقاسمة : وهو فرض مقدار نسبة محددة من غلة الأرض كالنصف مثلاً .

وقال صاحبا أبي حنيفة (أبو يوسف ومحمد) ، ومالك وأحمد وداود الظاهري ، وهو رأي جمهور الفقهاء : المزارعة جائزة ، بدليل أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع[1] . ولأنه عقد شركة بين المال والعمل ، فيجوز كالمضاربة ، لدفع الحاجة ، فصاحب المال قد لا يحسن الزراعة ، والعامل يتقنها ، فيتحقق بتعاونهما الخير والإنتاج والاستثمار . والعمل والفتوى عند الحنفية على قول الصاحبين ، لحاجة الناس إليهم ولتعاملهم . وهذا هو الراجح .

ثالثاً ـ ركن المزارعة وصفة العقد : ركن المزارعة عند الحنفية : الإيجاب والقبول ، وهو أن يقول صاحب الأرض للعامل : دفعت إليك هذه الأرض مزارعة بكذا ، ويقول العامل : قبلت ، أو رضيت ، أو ما يدل على قبوله ورضاه ، فإذا وجدا تم العقد بينهما[2] .

فأطرافها ثلاثة : صاحب الأرض أو المالك ، والعامل أو المزارع ، ومحل العقد ، المتردد بين أن يكون منفعة الأرض أو عمل العامل . وهي عند الحنفية : عقد إجارة ابتداء ، شركة انتهاء ، فإن كان البذر من العامل فالمعقود عليه منفعة الأرض ، وإن كان من صاحب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل .

وقال الحنابلة[3] : ولا تفتقر المزارعة والمساقاة إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً ، كالوكيل .

وأما صفة المزارعة : فهي عند الحنفية كبقية الشركات عقد غير لازم . وقال المالكية[4] : وتلزم بالبذر ونحوه أي بإلقاء الحب على الأرض لينبت ، أو بوضع

---

(١) رواه الجماعة (أحمد والأئمة الستة) عن ابن عمر ، وروي أيضاً عن ابن عباس وجابر بن عبد الله (نيل الأوطار : ٢٧٢/٥) .

(٢) البدائع : ١٧٦/٦ .

(٣) كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها .

(٤) الشرح الصغير : ٣٩٢/٣ .

الزريعة في الأرض مما لا بذر لحبه كالبصل ونحوه . والمعتمد عند المالكية أن شركات الأموال تلزم بالصيغة .

وقال الحنابلة[1] : المزارعة والمساقاة عقدان غير لازمين ، لكل طرف فسخهما ، ويبطل العقد بموت أحد المتعاقدين .

المبحث الثاني ـ شرائط المزارعة :

اشترط الصاحبان من الحنفية[2] في المزارعة شرائط : في العاقد ، وفي الزرع والمزروع ، وفي الخارج من الزرع ، وفي الأرض المزروعة ، وفي محل العقد ، وفي آلة الزراعة ، وفي مدة المزارعة .

شروط العاقد : يشترط شرطان عامان في العقود .

أ ـ أن يكون العاقد عاقلاً (مميزاً) : فلا تصح مزارعة المجنون والصبي غير المميز ؛ لأن العقل شرط أهلية التصرفات .

وأما البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة ، فتجوز مزارعة الصبي المأذون ، كالإجارة . والمزارعة استئجار ببعض الناتج .

٢ ـ ألا يكون مرتداً ـ في رأي أبي حنيفة ـ لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، فلا تصح للحال . ولا يشترط هذا الشرط عند الصاحبين ، فتعتبر مزارعة المرتد نافذة للحال .

أما المرتدة فتصح مزارعتها باتفاق الحنفية .

شرط الزرع : أن يكون معلوماً ، بأن يبين ما يزرع ؛ لأن حال المزروع

---

(١) غاية المنتهى : ٢/١٥٤ .

(٢) البدائع : ٦/١٧٦ ـ ١٨٠ ، تكملة الفتح مع العناية : ٨/٣٤ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ٢/٢٣٠ ، تبيين الحقائق : ٥/٢٧٩ ، الدر المختار : ٥/١٩٣ .

يختلف باختلاف الزرع ، بالزيـادة والنقصـان ، فرب زرع يزيـد في الأرض ، وآخر ينقصها . ومقتضى الاستحسـان : أن بيـان مـا يزرع في الأرض ليس بشرط ، إذا نص على المزارعة ، فإن ما يزرع مفوض للعامل .

شرط المزروع : أن يكون قـابلاً لعمل الزراعـة : وهـو أن يـؤثر فيـه العمـل بالزيادة بحسب العادة .

شروط الخارج الناتج من الزرع : تشترط شروط إذا لم تتحقق فسد العقـد وهي :

١ ـ أن يكون معلوماً في العقد ؛ لأنه بمثابة الأجرة وجهالتها تفسد الإجارة .

٢ ـ أن يكون مشتركاً بين العاقدين : فلو شرط تخصصه بأحدهما فسد العقد .

٣ ـ أن يكون النـاتج معلـوم القـدر كالنصف والثلث والربـع ونحـوه ؛ لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة .

٤ ـ أن يكون الناتج جزءاً مشـاعـاً بين العـاقـدين ، فلو شرط لأحـدهـمـا مقـدار معلوم كأربعة أمداد أو بقدر البذر ، لم يصح العقد ، لجواز ألا ينتج إلا ذلك القدر .

ولا يصح أيضاً اشتراط كون الناتج على السواقي أو الجداول لأحـدهـمـا ، لاحتمال ألا ينبت الزرع إلا في ذلك الموضع .

ولا يصح أيضـاً اشتراط كون التبن لأحـدهـمـا ، وللآخر الحب ؛ لأن الـزرع قـد تصيبه آفة ، فلا ينعقد الحب ، ولا يخرج إلا التبن .

شروط الأرض المزروعة : يشترط في الأرض المزروعة ما يأتي :

١ ـ أن تكون صـالحـة للزراعـة : فلو كانت سبخـة أو نزة ، لا يجوز العقـد ؛ لأن المزارعة عقد استئجـار ببعض النـاتج ، والسبخـة والنزة لا تجوز إجـارتهـا ، فلا تجوز مزارعتها .

٢ ـ أن تكون معلومة : فإن كانت مجهولة لا تصح المزارعة ؛ لأنها تؤدي إلى المنازعة .

٣ ـ التخلية بين الأرض والعامل ، فتسلم إلى العامل مخلاة : وهو أن يوجد من صاحب الأرض التخلية بين الأرض وبين العامل ، فلو شرط العمل على رب الأرض أو عليهما معاً ، لا تصح المزارعة ، لانعدام التخلية .

شرط محل العقد : أن يكون المعقود عليه في المزارعة مقصوداً بحسب العرف والشرع : أي من الأعمال الزراعية عرفاً وشرعاً ، من حيث إنها إجارة أحد أمرين : إما منفعة عمل العامل : بأن كان البذر من صاحب الأرض . وإما منفعة الأرض : بأن كان البذر من العامل .

وإذا اجتمع الأمران في الاستئجار ، فسدت المزارعة ، وتفسد إذا كان العمل غير زراعي كقطع الأحجار ونقلها ورصف جوانبها مثلاً بالحجارة ؛ لأنها ليست من أعمال المزارعة .

شرط آلة الزراعة : أن تكون الآلة من دابة أو آلة حديثة أمراً تابعاً في العقد ، لا مقصوداً ، فإن جعلت أمراً مقصوداً ، فسدت المزارعة .

شرط مدة المزارعة : أن تكون المدة معلومة ، فلا تصح المزارعة إلا بعد بيان المدة ؛ لأنها استئجار ببعض الناتج ، ولا تصح الإجارة مع جهالة المدة ، والمدة متعارفة ، فتفسد بما لا يتمكن العامل فيها ، وبما لا يعيش إليها أحد العاقدين . والمفتى به أن المزارعة تصح بلا بيان مدة ، وتقع على أول زرع واحد[١] .

وفي الجملة : تصح المزارعة عند الصاحبين بشروط ثمانية :

---

(١) الدر المختار : ١٩٣/٥ .

١ ـ أهلية العاقدين ٢ ـ وتعيين مدة العقد ، والمفتى به أنه لا يشترط ذلك . ٣ ـ وصلاحية الأرض للزراعة . ٤ ـ والتخلية بين الأرض والعامل . ٥ ـ وأن يكون الناتج مشتركاً مشاعاً بين العاقدين تحقيقاً لمعنى الشركة . ٦ ـ وبيان من عليه البذر منعاً للمنازعة ، وإعلاماً للمعقود عليه : وهو منافع الأرض أو منافع العامل . ٧ ـ وبيان نصيب كل من العاقدين[1] سواء من قدم البذر أو من لم يقدمه . ٨ ـ وبيان جنس البِذْر ليصير الأجر معلوماً ؛ لأن الأجر جزء من الناتج ، فلا بد من بيانه ، ليعلم أن الناتج من أي نوع ؛ لأنه ربما يعطي بذراً لا يحصل الناتج به إلا بعمل كثير. والاستحسان : أن بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط .

شروط المزارعة عند المالكية[2] :

اشترط المالكية ثلاثة شروط للمزارعة :

١ ـ السلامة من كراء الأرض بأجر ممنوع كراؤها به ، بألا تقع الأرض أو بعضها في مقابلة بذر، أو طعام ولو لم تنبته الأرض كعسل ، أو ما تنبته ولو غير طعام كقطن وكتان ، إلا الخشب ، أي إنه لا بد لصحة المزارعة من كرائها بذهب أو فضة أو عرض تجاري أو حيوان . ولا بد من كون البذر من صاحب الأرض والعامل معاً ، فلو كان البذر من أحدهما والأرض للآخر ، فسدت المزارعة .

وسبب اشتراط هذا الشرط : ورود النهي في السنة عن كراء الأرض بما يخرج منها[3] . فلا تصح في مقابل جزء من الخارج .

---

(١) المذكور في الهداية : بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لأنه يستحق عوضاً بالشرط ، فلا بد من أن يكون معلوماً ، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد . لكن قال قاضي زاده معلقاً عليه : لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة ، فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله ، من الشرائط دون بيان نصيب الآخر ، مما لا يجدي كبير طائل . فتأمل (تكملة الفتح : ٣٤/٨) .

(٢) الشرح الكبير : ٣٧٢/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٤٩٤/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٠ .

(٣) رواه أحمد والبخاري والنسائي من حديث رافع بن خديج (نيل الأوطار : ٢٧٥/٥) .

٢ ـ تكافؤ الشريكين أو تساويهما فيما يخرجان أو يقدمان : بأن يقابل أجر الأرض مساو غير بذر كعمل حيوان ونحوه ، وعلى قدر الربح الواقع بينهما ، كأن تكون أجرة الأرض مئة ، وما يقابلها من تقديم حيوان وعمل سوى البذر مئة ، والربح بينهما مناصفة ، فتصح وإلا فسدت . ويجوز لأحدهما التبرع للآخر بالزيادة من عمل أو ربح ، بعد لزوم الشركة .

٣ ـ تماثل البذرين المقدمين من كليهما نوعاً كقمح أو شعير أو فول . فإن اختلف بذر أحدهما عن الآخر ، كأن أخرج أحدهما من البذر غير ما أخرجه الآخر ، فسدت المزارعة ، ولكل ما أنبته بذره .

ومذهب مالك وابن القاسم ، وهو الراجح الذي به الفتوى : أنه لا يشترط كما في شركة الأموال ـ خلط البذرين حقيقة ولا حكماً ، بل إذا خرج كل منهما ببذره وكان بذر كل منهما مستقلاً عن الآخر ، فالشركة صحيحة .

والخلاصة : أن المالكية يشترطون تقديم البذر من كلا العاقدين ، وتساويهما فيه نوعاً ، وتماثلهما في الربح وفيما يقدم كل منهما من شيء عيني كالأرض ، وما يقابلها من منفعة حيوان وعمل ، وألا تكون المزارعة بجزء ناتج من الأرض ، وإنما بعوض آخر غير محصول الأرض . ويلاحظ أن هذه الشروط شديدة لا تنطبق مع واقع المزارعة القائم .

أما الشافعية[1] : فلم يشترطوا في المزارعة التي تصح تبعاً للمساقاة أن يتساوى العاقدان في الجزء المشروط من الثمر والزرع ، فيصح أن يشرط للعامل نصف الثمر ، وربع الزرع مثلاً . كذلك حددوا محل منع كراء الأرض بما يخرج منها بما إذا كان المشروط من خصوص بقعة معينة . وقالوا : إن المزارعة : هي عمل الأرض بما يخرج منها ، والبذر من المالك .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ ـ ٣٢٥ .

وأما الحنابلة[1] : فأجازوا المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض ، ولم يشترطوا تساوي العاقدين في الناتج . واشترطوا كالشافعية في ظاهر المذهب كون البذر من المالك رب الأرض ، وروي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل . واشترطوا بيان نصيب كل واحد من العاقدين ، فإن جهل النصيب فسدت المزارعة ، كما اشترطوا أيضاً معرفة جنس البذر وقدره ؛ لأن المزارعة معاقدة على عمل ، فلم تجز على غير معلوم الجنس والقدر ، كالإجارة .

المبحث الثالث ـ أحوال المزارعة :

للمزارعة عند الصاحبين أربعة أحوال ، تصح في ثلاثة ، وتبطل في واحد[2] .

الأولى : أن تكون الأرض والبذر من واحد ، والعمل والحيوان واسطة الزراعة من آخر : تجوز المزارعة ، وصار صاحب الأرض والبذر مستأجراً للعامل ، والحيوان المستخدم للحراثة تبعاً له ؛ لأن الحيوان آلة العمل .

الثانية : أن تكون الأرض لواحد ، والحيوان والبذر والعمل لواحد : جازت المزارعة أيضاً ، وصار العامل مستأجراً للأرض ببعض الخارج الناتج .

الثالثة : أن تكون الأرض والحيوان والبذر لواحد ، والعمل لواحد : جازت أيضاً ، وصار رب الأرض مستأجراً للعامل ببعض الخارج[3] .

الرابعة : إذا كانت الأرض والحيوان لواحد ، والبذر والعمل لآخر : فهي فاسدة ، في ظاهر الرواية ، لأنه لو قدر العقد إجارة للأرض ، فاشتراط الحيوان على

---

(١) المغني : ٣٨٢/٥ ، ٣٨٨ ، ٣٩٢ ، كشاف القناع : ٥٣٣/٣ .

(٢) البدائع : ١٧٩/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣٥/٨ وما بعدها، تبيين الحقائق : ٢٨١/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ١٩٥/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ٢٢٩/٢ وما بعدها .

(٣) قد نظم بعضهم الصور الثلاث الجائزة في بيت ، فقال :

أرض وبذر ، كذا أرض ، كذا عمل   من واحد ، ذي ثلاث كلها قبلت .

صاحبها ، مفسد للإجارة ؛ إذ لا يمكن جعل الحيوان تبعاً للأرض ، لاختلاف المنفعة ، أي إن منفعة الحيوان ليست من جنس منفعة الأرض ؛ لأن الأرض للنماء والإنبات ، والحيوان للعمل وشق الأرض .

ولو قدر العقد إجارة للعامل ، فاشتراط البذر عليه مفسد ؛ لأنه ليس تبعاً له .

وعليه تفسد المزارعة إذا اشترطت الآلة أو الحيوان أو العمل على صاحب الأرض ، كما تفسد إذا اشترط الخارج كله لأحد العاقدين ، أو اشترط الحصاد والدياس أو الحمل والحفظ على العامل المزارع ؛ لأنه لا يتعلق به صلاح الزرع .

المبحث الرابع ـ حكم المزارعة الصحيحة والفاسدة :

أولاً ـ حكم المزارعة الصحيحة عند الحنفية : للمزارعة الصحيحة عند الحنفية[1] أحكام هي ما يأتي :

١ ـ كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع إليه لإصلاحه ، كنفقة البذر ومؤنة الحفظ ، فعلى المزارع ، لأن العقد تناوله .

٢ ـ كل ما كان نفقة على الزرع ، كالسماد وقلع الأعشاب والحصاد والدياس ، فعلى العاقدين على قدر نصيبهما من الناتج .

٣ ـ الناتج من الأرض يقسم بين العاقدين بحسب الشرط المتفق عليه ، لقوله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم »[2] . فإن لم تخرج الأرض شيئاً ، فلا شيء لواحد من العاقدين على الآخر ، أما إنه لا شيء للعامل ، فلأنه مستأجر ببعض الخارج الناتج ،

---

(١) البدائع : ١٨١/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح ٣٩/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٨٢/٥ ، الكتاب مع اللباب : ٢٣١/٢ وما بعدها ؛ الدر المختار : ١٩٩/٥ .

(٢) رواه الحاكم عن أنس وعائشة ، وهو حديث صحيح . ورواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة بلفظ : « المسلمون على شروطهم » وأخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث عمرو بن عوف باللفظ الأخير (نصب الراية : ١١٢/٤ ، الجامع الصغير) .

ولم يوجد . هذا بخلاف المزارعة الفاسدة : يجب للعامل أجر المثل إن لم تخرج الأرض شيئاً . والفرق أن الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج ، فإذا لم يوجد لم يجب شيء . وأما الواجب في المزارعة الفاسدة فهو أجر مثل العمل في الذمة لا في الخارج ، فعدم الخارج لا يمنع وجوبه في الذمة .

٤ ـ عقد المزارعة كما بينا في صفته غير لازم عند الحنابلة ، ويلزم بالبذر عند المالكية ، وقال الحنفية : هو عقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب العاقد الآخر . ولا يجوز له فسخ المزارعة إلا بعذر كما سنبين . فإذا امتنع صاحب البذر من العمل ، لم يجبر عليه . وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر ، أجبره الحاكم على العمل ؛ لأنه لا يلحقه بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان هناك عذر تفسخ به الإجارة ، فتفسخ به المزارعة . وسبب التفرقة بين العاقدين : أن صاحب البذر لا يمكنه تنفيذ العقد إلا بإتلاف ملكه وهو البذر ، في التراب ، فلا يكون الشروع فيه ملزماً في حقه ، إذ لا يجبر الإنسان على إتلاف ملكه ، أما العاقد الآخر فليس من قبله إتلاف ملكه ، فكان الشروع في حقه ملزماً .

٥ ـ الكراب (الحراثة) والسقي : إن تم الإتفاق عليه أو الاشتراط يجب الوفاء به على من شرط عليه . وإن لم يتفق عليه يجبر عليه العاقد حسب الزراعة المعتادة . فإن كانت الأرض تسقى بماء السماء لا يجبر أحد على السقي ، وإلا فعلى النحو المعتاد . فإذا قصر المزارع في عقد المزارعة الصحيحة في سقي الأرض حتى هلك الزرع بهذا السبب يضمن لوجوب العمل عليه فيها ، ويضمن ضمان الأمانات بالتقصير ؛ لأن الأرض في يده أمانة . ولا يضمن في المزارعة الفاسدة .

٦ ـ تجوز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج الناتج ، والحط عنه ، والقاعدة فيه : هي أنه كلما احتمل إنشاء العقد عليه ، احتمل الزيادة ، وما لا فلا ، والحط جائز في الحالتين جميعاً ، كالزيادة في الثمن في عقد البيع .

فلو زاد العامل المزارع في حصة صاحب الأرض بعد الحصاد ، وكان البذر منه أي من العامل ، لم يجز ؛ لأن الزيادة على الأجرة تمت بعد انتهاء عمل المزارعة واستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة ، وهو لا يجوز ، إذ لو أنشأ العقد بعد الحصاد ، لا يجوز ، فلا تجوز الزيادة .

وإن كانت الزيادة للمزارع في هذه الحالة من صاحب الأرض ، جازت ؛ لأنها حط من الأجرة المستحقة له ، وهو لا يتطلب قيام المعقود عليه .

فإن كان البذر من صاحب الأرض ، فزاد في حصة المزارع بعد الحصاد ، فالحكم أنه لا يجوز الزيادة من المالك ؛ لأنها تمت بعد استيفاء المعقود عليه ، وتجوز الزيادة من المزارع ؛ لأنها حط من الأجرة المستحقة له .

أما إن حدثت الزيادة من كل واحد من العاقدين ، قبل الحصاد ، فيجوز .

٧ ـ لو مات أحد المتعاقدين قبل إدراك الزرع ، ترك إلى الإدراك ، ولا شيء على المزارع لبقاء عقد الإجارة ههنا ببقاء المدة .

حكم المزارعة عند الشافعية : عرفنا أنه لا تجوز المزارعة (البذر من المالك) عند الشافعية إلا تبعاً للمساقاة . ولا يجوز أن يخابر الشخص (البذر من العامل) تبعاً للمساقاة .

فإن أفردت أرض بالمزارعة ، فالغلة للمالك ، لأنها نماء ملكه ، وعليه للعامل أجرة مثل عمله ودوابه وآلاته .

وطريق جعل الغلة للطرفين العاقدين ، ولا أجرة لأحدهما على الآخر ، يحصل بصورتين :

إحداهما : أن يستأجر المالك العامل بنصف البذر شائعاً ، أي استئجاراً على الشيوع ليزرع له النصف الآخر في الأرض ، ويعيره نصف الأرض شائعاً .

الثانية : أن يستأجر المالك العامل بنصف البذر شائعاً ، ونصف منفعة الأرض شائعاً أيضاً ، ليزرع له النصف الآخر من البذر ، في النصف الآخر من الأرض .

فيكون الطرفان شريكين في الزرع على المناصفة ، ولا أجرة لأحدهما على الآخر ؛ لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع ، والمالك يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع[1] .

ثانياً ـ حكم المزارعة الفاسدة عند الحنفية : للمزارعة الفاسدة أيضاً أحكام[2] .

١ ـ لا يجب على المزارع شيء من أعمال المزارعة ؛ لأن إيجابه بالعقد ، وهو لم يصح .

٢ ـ الخارج الناتج كله لصاحب البذر ، سواء أكان رب الأرض أم المزارع ؛ لأن الخارج استحقه بسبب كونه نماء ملكه ، لا بالشرط . ويتفق المالكية والحنابلة[3] مع الحنفية في هذا الحكم ، وهو أن العقد إذا فسد لزم كون الزرع لصاحب البذر .

٣ ـ إذا كان البذر من صاحب الأرض ، استحق المزارع بسبب فساد المزارعة أجر مثل عمله . وإذا كان البذر من العامل ، كان عليه لصاحب الأرض أجر مثل أرضه ؛ لأن العقد في الحالتين يكون استئجاراً .

وفي الحالة الأولى يطيب الخارج كله لصاحب الأرض ؛ لأنه نماء ملكه ، وهو البذر في ملكه وهو الأرض . وفي الحالة الثانية : لا يطيب كل الخارج للمزارع ، وإنما يأخذ منه قدر بذره وقدر أجر مثل الأرض ، ويتصدق بالفضل الزائد .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٥/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٢/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣٩/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٨٢/٥ ، الدر المختار : ١٩٦/٥ ، والكتاب مع اللباب : ٢٣١/٢ .

(٣) الشرح الصغير : ٤٩٨/٣ ، المغني : ٣٩٢/٥ .

٤ ـ يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة ، وإن لم تخرج الأرض شيئاً ، بعد أن استعملها المزارع ؛ لأن المزارعة عقد إجارة ، والأجرة في الإجارة الفاسدة لا تجب إلا بحقيقة الاستعمال ، أما في المزارعة الصحيحة فلا يجب شيء على أحدهما إذا لم تخرج الأرض شيئاً . وقد بينا الفرق في أحكام المزارعة الصحيحة رقم ٣ .

٥ ـ يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة مقدراً بالمسمى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، عملاً برضا الطرفين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن ، وقد رضي العامل سلفاً بسقوط الزيادة .

وعند محمد : يجب أجر المثل تاماً مهما بلغ ، إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة ، وقد استوفى منافعه بعقد فاسد ، فيجب عليه قيمتها ، إذ لا مثل لها .

المبحث الخامس ـ انتهاء المزارعة وحالات فسخها :

قد تنقضي المزارعة بتحقق المقصود منها ، وقد تنتهي بإنهائها قبل تحقق المقصود منها ، وذلك في الأحوال التالية :

١ ـ انقضاء مدة المزارعة : تنتهي المزارعة بانقضاء مدة العقد ، فإذا انقضت المدة ، فقد انتهى العقد ، وهو معنى انفساخ العقد[1] .

لكن إذا انتهت المدة ، وأدرك الزرع ، وقسم المتعاقدان الناتج بحسب الاتفاق أو الاشتراط بينهما ، لم يحدث إشكال ، وينتهي العقد حينئذ .

أما إذا انتهت المدة المقررة في العقد أو انقضت مدة المزارعة ، والزرع لم يدرك بعد ، استمر عقد المزارعة ، حتى يدرك الزرع ويستحصد ، رعاية لمصلحة الجانبين ، بقدر الإمكان ، كما في الإجارة .

---

(١) البدائع : ١٨٤/٦ ، تكملة الفتح : ٤٣/٨ ، الكتاب مع اللباب : ٢٣٢/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٧/٥ .

وعلى العامل في هذه الحالة أجر مثل نصيبه من الأرض ، إلى أن يستحصد الزرع ، كما في الإجارة ، لأنه استوفى منفعة بعض الأرض لتربية حصته فيها إلى وقت الحصاد .

وتكون نفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكري الأنهار حينئذ ، على المتعاقدين بمقدار حصصهما ، لانتهاء العقد بانقضاء المدة ، وكانت هذه الأمور على العامل أثناء بقاء مدة العقد ، فإذا انتهى العقد ، وجبت هذه النفقات عليهما ؛ لأن الزرع مال مشترك بينهما .

وهذا بخلاف ما لو مات أحد العاقدين قبلِ إدراك الزرع ، يترك الزرع في مكانه إلى أن يدرك ويكون العمل ونفقاته على العامل ؛ لأن الحنفية قرروا حينئذ بقاء عقد الإجارة استحساناً ، لبقاء مدة الإجارة ، فيستمر العامل أو وارثه على ما كان عليه من العمل . أما في حال انقضاء المدة فلا يمكن إبقاء العقد لانقضاء المدة .

٢ ـ موت أحد العاقدين : تنتهي المزارعة أو تنفسخ بموت أحد العاقدين[١] ، كما تنفسخ الإجارة به ، سواء حدث الموت قبل الزارعة أم بعدها ، وسواء أدرك الزرع أم لم يدرك بأن كان بقلاً أي طرياً . وقال الجمهور : لا تنقضي المزارعة كالإجارة بموت أحد العاقدين .

لكن لو مات رب الأرض ، والزرع لم يدرك ، فإن العامل أو وارثه يظل ملزماً بالعمل ؛ لأن العقد يوجب على العامل عملاً يحتاج إليه الزرع إلى انتهاء أو نضوج الزرع ، ويبقى العقد كما بينا للضرورة استحساناً لانتهاء الزرع إذا مات أحد العاقدين ، وقد نبت الزرع ، ويبقى الزرع إلى الحصاد ، ولا يلزم العامل بأجر للأرض ، ثم ينتقض العقد فيما بقي من السنين في مدة العقد ، لعدم الضرورة ؛ لأن في

---

(١) البدائع : ١٨٤/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٢/٨ ، الكتاب : ٢٣٢/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٨/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٨٢/٥ .

بقاء العقد حتى يستحصد الزرع مراعاة لمصلحة طرفي العقد ، فيعمل العامل أو ورثته على النحو المتفق عليه .

٣ ـ فسخ العقد بالعذر :

إذا حدث فسخ العقد قبل اللزوم ، انتهت المزارعة . ومن المقرر عند الحنفية : أن الملتزم بالبذر لا يلتزم بالمزارعة بمجرد العقد . وعند المالكية : لا تلزم المزارعة إلا بشروع العامل في العمل ، فما لم يشرع في عمل المزارعة ، له فسخ العقد .

ويجوز عند الحنفية فسخ المزارعة بعد لزومها لعذر من الأعذار ، سواء من قبل صاحب الأرض ، أم من قبل العامل ، ومن الأعذار ما يأتي[1] :

أ ـ لحوق دين فادح لصاحب الأرض ، فيحتاج لبيع الأرض التي تم الاتفاق على مزارعتها ، ولا مال له سواها ، فيجوز بيعها بسبب هذا الدين الفادح ، ويفسخ العقد بهذا العذر ، كما في عقد الإجارة ؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلحقه ، فلا يلزمه تحمل الضرر ، فيبيع القاضي الأرض بدين صاحبها أولاً ، ثم يفسخ المزارعة . ولا تنفسخ بنفس العذر .

هذا .. إن أمكن الفسخ بأن كان قبل الزراعة ، أو بعدها إذا أدرك الزرع ، وبلغ مبلغ الحصاد . فإن لم يمكن الفسخ ، بأن كان الزرع لم يدرك ، ولم يبلغ مبلغ الحصاد ، لا تباع الأرض في الدين ، ولا يفسخ إلى أن يدرك الزرع ؛ لأن في البيع إبطال حق العامل ، وفي الانتظار إلى وقت إدراك الزرع تأخير حق صاحب الدين ، فيؤخر البيع ، رعاية لمصلحة الجانبين ، لأنه الطريق الأولى .

---

(١) البدائع : ١٨٣/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح والعناية : ٤٢/٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٦/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٨٢/٥ ، الكتاب مع اللباب : ٢٣٢/٢ .

ثم هناك عند الحنفية ـ من أجل التعويض على العامل قضاءً ـ صور ثلاثة للفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل :

الأولى ـ إذا فسخ العقد ، بعدما كَرَب (حرث) المزارع الأرض ، وحفر الأنهار ، فليس للعامل شيء مقابل عمله ؛ لأن أعماله منافع لا تتقوم على صاحب الأرض إلا بالعقد ، والعقد إنما قوم بالخارج الناتج ، ولم يخرج ، لكن يجب استرضاء العامل ديانة فيما بينه وبين الله تعالى .

الثانية ـ إذا كان الزرع قد نبت ، ولم يستحصد بعد ، لم تبع الأرض بالدين ، حتى يحصد الزرع ؛ لأن في البيع إبطال حق المزارع ، وتأخير تسديد الدين أهون من الإبطال ، فيؤخر كما بينا .

الثالثة ـ إذا أريد فسخ عقد المزارعة ، بعد ما زرع العامل الأرض ، إلا أنه لم ينبت الزرع ، حتى لحق صاحب الأرض دين فادح ، فهل له أن يبيع الأرض ؟ فيه اختلاف عند مشايخ الحنفية : قال بعضهم : له البيع ، لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم ، لأن البذر استهلاك والمستهلك ليس بمال ، فتباع الأرض في الحال . وقال بعضهم : ليس له البيع ، لأن البذر استنماء مال ، وليس باستهلاك ، فكان للمزارع عين مال قائم ، فلا تباع الأرض حتى الحصاد ، كما لا تباع بعد نبات الزرع ، ولعل هذا اختيار صاحب الهداية .

ب ـ طروء أعذار للمزارع ، مثل المرض ؛ لأنه معجز عن العمل ، والسفر ، لأنه يحتاج إليه ، وترك حرفة إلى حرفة ، طلباً للكسب الذي يوفر المعيشة ، والمانع الذي يمنع من العمل كالتطوع للجهاد في سبيل الله ، كما في الإجارة ، والخيانة بالسرقة ونحوها .

وهل يحتاج الفسخ لقضاء القاضي ، أم أنه يصح بالتراضي ؟ هناك روايتان عند الحنفية : في رواية : لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا ، لأن المزارعة كالإجارة ،

ولا بد فيها لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا . والرواية الراجحة : يجوز فسخ المزارعة ، ولو بلا قضاء ورضا .

العقد الثاني ـ المساقاة أو المعاملة :

تعريفها ومشروعيتها وركنها ، وموردها والفرق بينها وبين المزارعة ، وشرائطها ، وحكم المساقاة الصحيحة والفاسدة ، وانتهاء المساقاة .

المبحث الأول ـ تعريف المساقاة ومشروعيتها وركنها وموردها ، والفرق بينها وبين المزارعة :

أولاً ـ تعريف المساقاة :

المساقاة لغة : مفاعلة من السقي . وتسمى عند أهل المدينة المعاملة : مفاعلة من العمل . ويفضل اسم المساقاة لما فيها من السقي غالباً . وشرعاً : هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما . أو هي عبارة عن العقد على العمل ببعض الخارج . وبعبارة أخرى : هي دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره . وهي عند الشافعية : أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب فقط ، ليتعهده بالسقي والتربية على أن الثمرة لهما[(١)] .

ثانياً ـ مشروعيتها : المساقاة عند الحنفية كالمزارعة حكماً وخلافاً وشروطاً ممكنة فيها ، فلا تجوز عند أبي حنيفة وزفر ، فالمساقاة بجزء من الثمر باطلة عندهما ، لأنها استئجار ببعض الخارج ، وهو منهي عنه . قال عليه الصلاة والسلام : « من كانت له أرض ، فليزرعها ، ولا يكريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى »[(٢)] .

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٨٤/٥ ، البدائع : ١٨٥/٦ ، الدر المختار : ٢٠٠/٥ ، اللباب : ٢٣٣/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ ، كشاف القناع : ٥٢٣/٣ .

(٢) متفق عليه من حديث رافع بن خديج لكنه حديث مضطرب جداً (المغني : ٣٨٣/٥ ، ٣٨٥) .

وقال الصاحبان وجمهور العلماء (منهم مالك والشافعي وأحمد) : تجوز المساقاة بشروط ، استدلالاً بمعاملة النبي ﷺ أهل خيبر ، روي عن ابن عمر : « أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع » رواه الجماعة ، ولحاجة الناس إليها ؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها ، أو لا يتفرغ له ، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار ، فيحتاج الأول للعامل ، ويحتاج العامل للعمل .

والفتوى عند الحنفية على قول الصاحبين ، لعمل النبي وأزواجه والخلفاء الراشدين وأهل المدينة ، وإجماع الصحابة على إباحة المساقاة[1] . قال ابن جُزَي المالكي : وهي جائزة مستثناة من أصلين ممنوعين ، وهما الإجارة المجهولة ، وبيع ما لم يخلق[2] .

ثالثاً ـ ركنها : ركن المساقاة عند الحنفية : الإيجاب والقبول ، كالمزارعة . الإيجاب من صاحب الشجر ، والقبول من العامل أو المزارع . والمعقود عليه : هو عمل العامل فقط دون تردد ، بخلاف المزارعة . وتلزم عند المالكية باللفظ لا بالعمل . وذكر الحنابلة أنها كالمزارعة لا تفتقر إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً ، كالوكيل . وقال الشافعية : يشترط فيها القبول لفظاً دون تفصيل الأعمال ، ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب[3] .

رابعاً ـ موردها : مورد المساقاة عند الحنفية[4] : الشجر المثمر ، فتصح المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب (الفصة أو البرسيم) وأصول الباذنجان ؛ لأن

---

(١) المغني : ٣٨٤/٥ ، تكملة الفتح : ٤٥/٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣٢٢/٢ وما بعدها .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، بداية المجتهد : ٢٤٢/٢ .

(٣) البدائع : ١٨٥/٦ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٧/١ ، الشرح الصغير : ٧١٢/٣ ، مغني المحتاج : ٣٢٨/٢ .

(٤) البدائع : ١٨٦/٦ ، تكملة الفتح : ٤٧/٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٠٠/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٨٤/٥ ، اللباب : ٢٣٤/٢ .

الجواز للحاجة وهي تعم الجميع ، وأجاز متأخرو الحنفية المعاملة على الشجر غير المثمر ، كشجر الحور والصفصاف ، والشجر المتخذ للحطب ، لاحتياجه إلى السقي والحفظ ، فلو لم يحتج لا تجوز المساقاة .

ومورد المساقاة عند المالكية[1] : على الزروع ما عدا البقول كالحمص والفاصولياء ، وعلى الأشجار المثمرة ذات الأصول الثابتة ، مثل كرم العنب والنخيل والتفاح والرمان ونحوها بشرطين :

أحدهما ـ أن تعقد المساقاة قبل بدو صلاح الثمرة ، وجواز بيعها ، وبشرط ألا يخلف ، فإن كان يخلف كالموز والتين ، فلا تصح فيه مساقاة إلا تبعاً لغيره .

الثاني ـ أن تعقد إلى أجل معلوم ، ولو لسنين ، وتكره فيما طال من السنين . ولا تجوز المساقاة لمدة من السنين كثيرة جداً ، وهي المدة التي تتغير فيها الأصول عادة بحسب اختلاف الأشجار والأمكنة ، كما لا تجوز إذا اختلف الجزء المساقى به في السنين ، بأن كان في سنة يخالف غيره في أخرى .

ويشترط لصحتها عند ابن القاسم أن تكون بلفظ المساقاة ، ولا تنعقد بلفظ الإجارة ، وتجوز عنده فيما ليس له أصل ثابت كالمقاثي من نحو قثاء وبطيخ ، والزرع ، بأربعة شروط : (الشرطان المذكوران) .

والثالث ـ أن تعقد بعد ظهوره من الأرض .

والرابع ـ أن يعجز عنه صاحبه .

ويشترط في الجزء المساقى به من الثمر : شيوعه في ثمر البستان ، فلا يصح بشجر معين ولا بكيل ، كما يشترط علمه كربع أو ثلث أو أقل أو أكثر .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، الشرح الصغير : ٧١٣/٣ ـ ٧١٨ ، بداية المجتهد : ٢٤٣/٢ ـ ٢٤٦ .

والمساقاة عند الحنابلة[١] : ترد على الأشجار المثمرة المأكولة فقط ، فلا تصح في الشجر غير المثمر ، كالصفصاف والحور والعفص ونحوه ، والورد ونحوه .

وقال الشافعية في المذهب الجديد[٢] : مورد المساقاة النخل والعنب فقط ، أما النخل فلخبر الصحيحين السابق : «أنه ﷺ عامل أهل خيبر» وفي رواية : « دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع » والعنب مثل النخل ، لأنه في معناه ، بجامع وجوب الزكاة فيهما . وجوزها الشافعي في المذهب القديم في سائر الأشجار المثمرة .

خامساً ـ الفرق بين المساقاة والمزارعة :

قال الحنفية : المساقاة كالمزارعة إلا في أربعة أمور[٣] :

١ ـ إذا امتنع أحد العاقدين في المساقاة عن تنفيذ العقد ، يجبر عليه ، إذ لا ضرر عليه في بقاء العقد ، بخلاف المزارعة ، فإن رب البذر إذا امتنع قبل الإلقاء ، لا يجبر عليه ، للضرر اللاحق به في الاستمرار ، ولأن المساقاة عقد لازم عند الجمهور غير الحنابلة . وأما المزارعة فلا تلزم المتعاقدين إلا بإلقاء البذر . وقال الحنابلة[٤] : الوكالة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوديعة والجعالة : عقود جائزة من الطرفين ، لكل فسخها .

٢ ـ إذا انقضت مدة المساقاة تترك أي يستمر العقد بلا أجر ، ويعمل العامل بلا أجر عليه لصاحب الشجر ، فللعامل البقاء في عمله إلى انتهاء الثمرة ، لكن بلا أجر عليه ؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره عند الحنفية ، ولأن العمل كله على العامل . أما في المزارعة فيستمر العامل بأجر مثل نصيبه من الأرض ؛ لأن الأرض يجوز

(١) كشاف القناع : ٥٢٣/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ ، المهذب : ٣٩٠/١ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ٢٠١/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٨٤/٥ .

(٤) غاية المنتهى لابن يوسف الحنبلي : ١٥٤/٣ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها ، المغني : ٣٧٢/٥ وما بعدها .

استئجارها ، والعمل عليها ، بحسب الملك في الزرع ، فيكون العمل على العامل وعلى صاحب الأرض ، وإذا وجب الأجر لرب الأرض على العامل ، لم يجب على العامل العمل في نصيب صاحب الأرض بعد انتهاء المدة .

٣ ـ إذا استحق النخيل المثمر لغير رب الأرض ، يرجع العامل بأجر مثله ؛ لأن أجرته صارت عيناً أي تمثلت بجزء من الشجر ، ومتى صارت عيناً واستحقت ، رجع بقيمة المنافع . ولا يرجع بشيء إذا لم تخرج النخيل ثمراً . أما في المزارعة : لو استحقت الأرض بعد الزراعة ، فيرجع العامل بقيمة حصته من الزرع نابتاً ، ولو استحقت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لا شيء للمزارع .

٤ ـ ليس بيان المدة في المساقاة بشرط استحساناً ، اكتفاء بعلم وقتها عادة ؛ لأن لإدراك الثمرة وقتاً معلوماً قلما يتفاوت، بخلاف الزرع ، قد يتقدم الحصاد ، وقد يتأخر بحسب التبكير أو التأخر في إلقاء البذر.

أما في المزارعة فيشترط تعيين المدة في أصل المذهب ، لكن المفتى به ـ كما بينا ـ أنه لا يشترط .

وتعتبر المساقاة والمزارعة عند الحنفية والشافعية إجارة ابتداء ، شركة انتهاء . وألحق الحنابلة المساقاة بالمضاربة[1] .

المبحث الثاني ـ شروط المساقاة :

يشترط في المساقاة ما يمكن من شروط المزارعة ، فلا يشترط في المساقاة بيان جنس البذر ، وبيان صاحبه ، وصلاحية الأرض للزراعة ، وبيان المدة .

وبقي من شروط المزارعة الثمانية الممكنة في المساقاة : أهلية العاقدين ، وبيان

---

(١) كشاف القناع : ٥٢٩/٣ .

حصة العامل ، والتخلية بينه وبين الأشجار ، والشركة في الخارج الناتج ، ويدخل في الأخير : كون الجزء المشروط للعامل جزءاً مشاعاً[1] .

ويمكن توضيح شروط المساقاة فيما يأتي[2] :

١ ـ أهلية العاقدين : بأن يكونا عاقلين ، فلا يجوز عقد من لا يعقل ، وهو غير المميز . أما البلوغ فليس بشرط عند الحنفية ، وشرط عند بقية الأئمة .

٢ ـ محل العقد : أن يكون من الشجر الذي فيه ثمرة . وقد بينا في بحث مورد المساقاة الخلاف فيه . وأن يكون محل العمل وهو الشجر معلوماً .

٣ ـ التسليم إلى العامل : وهو التخلية بين العامل وبين الشجر المعقود عليه . فلو شرط العمل على العاقدين ، فسدت المساقاة ، لعدم التخلية .

٤ ـ أن يكون الناتج شركة بين الاثنين ، وأن تكون حصة كل واحد منهما جزءاً مشاعاً معلوم القدر ، فلو شرط أن يكون الناتج لأحدهما فسدت المساقاة ، ولو شرط جزء معين لأحدهما ، أو جهل مقدار الحصص فسدت المساقاة أيضاً .

ولا يشترط عند الحنفية بيان مدة المساقاة استحساناً ، عملاً بالمتعارف المتعامل به ، وتقع المساقاة على أول ثمر يخرج في أول السنة . وفي الرِّطاب (الفصة أو البرسيم) عند الحنفية تقع المساقاة على الجزة الأولى ، كما في الشجرة المثمرة ، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة ، فسدت المساقاة .

ولو ذكرت مدة لا تخرج الثمرة فيها عادة ، فسدت المساقاة أيضاً ، ولا شيء لأحد العاقدين على صاحبه .

---

(١) رد المحتار : ٢٠١/٥ .

(٢) البدائع : ١٨٥/٦ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٧/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٨٤/٥ .

ولو ذكرت مدة يحتمل فيها بلوغ الثمرة وعدمه ، صح العقد ، لعدم التيقن بفوات المقصود . فلو ظهرت الثمرة في الوقت المتفق عليه ، قسمت بحسب الشرط المتفق عليه في العقد ، وإن لم تظهر في الوقت المسمى ، فسدت المساقاة ، وللعامل أجر المثل لفساد العقد ؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة .

أما شروط المساقاة عند المالكية فقد ذكرت في بحث مورد المساقاة المتقدم ، والمفهوم منها أنه يشترط عندهم كون المساقاة لمدة معلومة كالإجارة .

أركان المساقاة عند الجمهور :

ذكر الشافعية ومثلهم الحنابلة والمالكية للمساقاة أركاناً خمسة : وهي العاقدان ومورد العمل ، والثمار ، والعمل ، والصيغة[1] .

أما الركن الأول (العاقدان) : فيصح من جائز التصرف لنفسه (عاقل بالغ) ؛ لأن المساقاة عقد معاوضة أو معاملة على مال ، كالمضاربة ، فيطلب فيها الأهلية كالبيع . ويمارس الولي عن الصبي والمجنون والسفيه هذا العقد ، بالولاية عليهم ، عند المصلحة ، للاحتياج إليه .

والركن الثاني ـ مورد المساقاة : أي ما ترد صيغة عقد المساقاة عليه . هو عند الشافعية : النخل والعنب ، وعند الحنابلة : ما له ثمر مأكول من الشجر ، المغروس المعلوم بالمشاهدة لمن يعمل عليه ، ويقوم بمصلحته بجزء مشاع معلوم من ثمرته ، كما بينا في بحث موردها . ولا تجوز المساقاة إلا على شجر معلوم ، فإن كان مجهولاً ، لم يصح العقد .

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٣/٢ ـ ٣٢٨ ، المهذب : ٣٩٠/١ ـ ٣٩٢ ، كشاف القناع : ٥٢٣/٣ ـ ٥٢٩ ، غاية المنتهى : ١٨٣/٢ ـ ١٨٥ ، المغني : ٣٦٨/٥ ، ٣٧٢ وما بعدها ، ٣٧٥ ، ٣٨٠ .

والركن الثالث ـ وهو الثمار : يشترط فيه تخصيص الثمر بالعاقدين (المالك والعامل) ، فلا يجوز شرط بعضه لغيرهما . ويشترط اشتراكهما فيه ، فلا يجوز شرط كل الثمرة لأحدهما ، ويشترط العلم بالنصيبين (الحصص) بالجزئية ، وإن قل ، أي كون الحصة مشاعة كالمضاربة .

والأظهر عند الشافعية ، وهو مذهب الحنابلة : صحة المساقاة بعد ظهور الثمر ، لكن قبل بدو الصلاح ، فإن ساقاه على صغار النخل مثلاً ليغرسها ، ويكون الشجر لهما ، لم يجز ، إذ لم ترد المساقاة إلا على أصل ثابت ، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة .

فلو كان الشجر مغروساً ، وشرط المالك للعامل جزءاً من الثمر على العمل ، فإن قدر له مدة يثمر فيها غالباً كخمس سنين ، صح العقد ، ولا يضر كون أكثر المدة لا ثمر فيها ، كما لو ساقاه خمس سنين ، والثمرة يغلب وجودها في الخامسة خاصة . فإن لم يثمر الشجر في تلك المدة ، لم يستحق العامل شيئاً ، كما لو ساقاه على النخيل المثمرة ، فلم تثمر .

وإن قدر مدة لا يثمر فيها الشجر غالباً لم تصح المساقاة لخلوها عن العوض ، كالمساقاة على شجر لا يثمر . وهذا باتفاق الجمهور غير الحنفية .

والركن الرابع ـ العمل : يشترط فيه أن ينفرد العامل بالعمل ، وباليد أي التخلية والتسليم للعامل ، ليتمكن العامل من العمل متى شاء ، فلو شرط عمل المالك مع العامل ، أو كون البستان في يد المالك أو في يدهما معاً ، لم يصح العقد ، وفسدت المساقاة . ويشترط ألا يشرط على العامل ما ليس من جنس أعمال المساقاة التي اعتادها الناس ، كحفر بئر مثلاً ، فإن شرطه ، لم يصح العقد ؛ لأنه استئجار بعوض مجهول ، واشتراط عقد في عقد .

ويشترط أيضاً عند الشافعية معرفة العمل بتقدير المدة كسنة أو أكثر ، وأقلها

مدة تبقى فيها الأشجار غالباً للاستغلال ، فلا تصح على مدة مطلقة ولا مؤبدة ولا مدة لا يثمر فيها الشجر غالباً ؛ لأن المساقاة عند الشافعية عقد لازم ، فيطلب فيها تحديد المدة كالإجارة . فإن كانت المدة لا يثمر فيها الشجر غالباً لم تصح لخلوها عن العوض ، كالمساقاة على شجرة لا تثمر . ولا يجوز في الأصح التوقيت بإدراك الثمر ، لجهالته بالتقدم تارة ، والتأخر أخرى .

ولا يطلب عند الحنابلة تحديد مدة في المساقاة والمزارعة ، لأنه ﷺ لم يحدد لأهل خيبر مدة ، ومشى خلفاؤه على منهجه من بعده ، ولأن المساقاة ومثلها المزارعة عندهم عقد جائز غير لازم كما بينا ، فلكل واحد من العاقدين فسخها متى شاء . واختار ابن قدامة الحنبلي أن المساقاة عقد لازم ؛ فوجب تقديره بمدة كالإجارة . ولا يقدر أكثر المدة ، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها ، وإن طالت ، وأقل المدة : ما تكمل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها ؛ لأن المقصود الاشتراك في الثمرة ، ولا توجد في أقل من هذه المدة .

والركن الخامس ـ الصيغة : مثل ساقيتك على هذا النخل بثلث أو ربع ثمره ، أو سلمته إليك لتتعهده ، أو اعمل في نخيلي أو تعهد نخيلي بكذا من ثمره . ولو ساقاه عند الشافعية بلفظ الإجارة لم يصح في الأصح ؛ لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر . وتصح عند الحنابلة بلفظ المساقاة والمعاملة والمفالحة ، وبلفظ الإجارة ، كما تصح المزارعة بلفظ الإجارة ، أي بإجارة أرض بجزء شائع معلوم ، مما يخرج منها ، لأن القصد المعنى ، فإذا أتى به بأي لفظ دل عليه ، صح العقد ، كالبيع . وتصح أيضاً بالمعاطاة .

ويشترط عند الشافعية القبول لفظاً من الناطق ، للزومها كإجارة وغيرها ، وتصح بإشارة الأخرس المفهمة ، ككتابته ، دون تفصيل الأعمال فيها ، فلا يشترط التعرض له في العقد ، ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب فيها في العمل ، إذ المرجع في مثله إلى العرف .

وقال الحنابلة : لا تفتقر المساقاة (ومثلها المزارعة) إلى القبول لفظاً ، بل يكفي الشروع في العمل قبولاً كالوكالة ، كما بينا في بحث صيغة المزارعة .

المبحث الثالث ـ حكم المساقاة الصحيحة والفاسدة : إذا استكملت المساقاة شرائطها ، كانت صحيحة ، وإذا اختل شرط منها كانت فاسدة .

المطلب الأول ـ حكم المساقاة الصحيحة :

للمساقاة الصحيحة عند الفقهاء أحكام ، وأحكامها عند الحنفية ما يأتي[1] :

١ ـ كل ما كان من أعمال المساقاة التي يحتاج إليها الشجر وحقل العنب والرِّطاب وأصول الباذنجان ، من السقي وإصلاح النهر ، والحفظ والتلقيح ، فعلى العامل ، لأنها من توابع المعقود عليه .

وكل ما يحتاجه الشجر ونحوه من النفقة كالسرقين وتقليب الأرض ، والجذاذ والقطاف ، فعلى العاقدين على قدر نصيبهما ، لأن العقد لم يشمله .

٢ ـ أن يكون الخارج بين الطرفين على الشرط المتفق عليه .

٣ ـ إذا لم يخرج الشجر شيئاً ، فلا شيء لواحد منهما على الآخر .

٤ ـ العقد لازم للجانبين ، فلا يملك أحدهما الامتناع عن التنفيذ ، أو الفسخ من غير رضا صاحبه ، إلا لعذر ، بخلاف المزارعة ، فإنها غير لازمة في جانب صاحب البذر عند الحنفية .

٥ ـ لصاحب الأرض إجبار العامل على العمل إلا لعذر .

٦ ـ تجوز الزيادة على الشرط والحط منه ، وفق القاعدة المقررة في المزارعة وهي : كل موضع احتمل إنشاء العقد ، احتمل الزيادة ، وإلا فلا ، والحط جائز في

---

(١) البدائع : ١٨٧/٦ .

الموضعين . فما لم يتناه عظم الثمرة في النخيل مثلاً ، تجوز الزيادة من كلا الطرفين ، لأن إنشاء العقد في هذه الحالة جائز . ولو تناهى عظم الثمرة ، جازت الزيادة من العامل لصاحب الأرض ، ولا تجوز الزيادة من صاحب الأرض للعامل ؛ لأن زيادة العامل حط من الأجرة ، ولا يشترط فيه احتمال إنشاء العقد ، وأما زيادة صاحب الأرض فهي زيادة في الأجرة ، والمحل لا يحتمل الزيادة .

٧ ـ لا يملك العامل مساقاة غيره ، إلا إذا فوض له صاحب الأرض فقال له : « اعمل فيه برأيك » . فلو خالف العامل ، فعامل غيره على الشجر ، كانت الثمرة لصاحب الشجر ، ولا أجر للعامل الأول ، وللعامل الثاني أجر مثل عمله على العامل الأول .

وأحكام المساقاة الصحيحة عند المالكية : تتفق في الغالب مع مذهب الحنفية ، فقالوا[1] : العمل في الحائط (بستان الشجر) ثلاثة أقسام :

أحدها ـ ما لا يتعلق بالثمرة : فلا يلزم العامل به بالعقد ، ولا يجوز أن يشترط عليه .

الثاني ـ ما يتعلق بالثمرة ، ويبقى بعدها : كحفر بئر أو عين أو ساقية ، أو بناء بيت لتخزين الثمر ، أو غرس شجر ، فلا يلزم العامل به أيضاً ، ولا يجوز أن يشترط عليه .

الثالث ـ ما يتعلق بالثمرة ، ولا يبقى : فهو على العامل بالعقد ، كالتقليم والجذاذ والسقي ، وعليه أيضاً جميع المؤن من الآلات والأجراء والدواب ونفقتهم من كل ما يلزم الشجر عرفاً ، وليس على العامل تحصين الجدران ، وإصلاح مجاري المياه إلى الأرض ، ويجوز اشتراطها عليه ، لأن المذكور يسير .

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٧٩ ، الشرح الصغير : ٧١٧/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٤٤/٢ وما بعدها .

وأما حق العامل : فله جزء من الثمرة كالثلث أو النصف أو غيرهما حسبما يتفقان عليه . ويجوز أن تكون له كلها ، وإذا لم يثمر الشجر ، فلا شيء لأحد العاقدين على الآخر ، لأن انعدام الثمر بسبب آفة سماوية ، لا بسبب فساد العقد .

ولا يجوز أن يشترط أحدهما لنفسه منفعة زائدة كدنانير أو دراهم .

ويتفق الشافعية والحنابلة مع المالكية في تحديد الملزم بالعمل ، وحق العامل ، فقالوا في العمل : كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ، وما لا يتكرر فهو على رب المال[1] .

فعلى العامل ما يحتاج إليه لصلاح الثمر ، واستزادته ، مما يتكرر كل سنة في العمل ، ولا يقصد به حفظ الأصل ، كسقي ، وتنقية نهر وبئر أي مجرى الماء من الطين ونحوه ، وإصلاح حُفر الأشجار التي يجتمع فيها الماء للشرب ، وتلقيح النخل[2] وإزالة الحشائش والقضبان والأعشاب الضارة وتعريش الدوالي[3] ، وحفظ الثمر وجذاذه (أي قطعه) ، وتجفيفه في الأصح عند الشافعية ، لأنه من مصالحه .

وأما ما قصد به حفظ الأصل (أصل الثمر : وهو الشجر) ، ولا يتكرر كل سنة ، كبناء حيطان البستان ، وحفر نهر جديد له ، وإصلاح ما انهار من النهر ، وإصلاح الدولاب والأبواب فعلى المالك ، عملاً بالعرف ، وعليه أيضاً خراج الأرض الخراجية .

وبه يتبين أن **الجذاذ (القطاف)** على العامل عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وعلى المالك والعامل بقدر نصيبهما عند الحنفية .

والمساقاة عقد لازم من الجانبين ، كالإجارة عند الشافعية والحنفية ،

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٨/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٩٢/١ ، المغني : ٣٦٩/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ وما بعدها ، ٥٣١ .

(٢) وهو وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث .

(٣) وهو أن ينصب أعواداً لكروم العنب ويظللها ويرفع العنب عليها .

والمالكية ، (أي الجمهور) وغير لازمة عند الحنابلة[1] ، أما المزارعة فهي غير لازمة عند الحنفية والمالكية والحنابلة أي عند الجمهور.

وبناء على كونها لازمة ، والمزارعة تبعاً لها عند الشافعية : لو هرب العامل قبل الفراغ من العمل ، وأتمه المالك متبرعاً بالعمل ، بقي استحقاق العامل ، كتبرع الأجنبي بأداء الدين . ولو لم يتبرع المالك بالعمل استأجر الحاكم بعد رفع الأمر إليه ، على العامل ، من يتم العمل من مال العامل . فإن لم يقدر المالك على مراجعة الحاكم لبعد مسافة ، أو لعدم تلبية طلب المالك ، فليشهد المالك على العمل بنفسه ، أو الإنفاق إن أراد الرجوع بما يعمله أو ينفقه ؛ لأن الإشهاد حال العذر كالحكم ويصرح في الإشهاد بضرورة الرجوع .

وقال الحنابلة : إن هرب العامل ، فلرب المال الفسخ ؛ لأن المساقاة عقد جائز غير لازم .

المطلب الثاني ـ حكم المساقاة الفاسدة :

تفسد المساقاة باختلال شرط من شرائطها المطلوبة شرعاً ، فإذا لم يتوافر شرط صحة مثلاً فسد العقد . وأهم حالات الفساد عند الحنفية[2] ما يأتي :

١ ـ اشتراط كون الناتج (الخارج) كله لأحد العاقدين ، لعدم توافر معنى الشركة به .

٢ ـ شرط كون جزء معين من الثمرة لأحد العاقدين ، كنصف قنطار عنب أو تمر ، أو شرط جزء محدد من غير الثمرة ، كمبلغ نقدي ؛ لأن المساقاة شركة في الثمرة فقط .

---

(١) الشرح الصغير : ٧١٣/٣ ، المغني : ٣٧٢/٥ ، ٣٧٦ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ ، بداية المجتهد : ٢٤٧/٢ .

(٢) البدائع : ١٨٦/٦ ، تكملة الفتح : ٤٧/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٨٥/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٠٢/٥ ، ٢٠٥ ، اللباب شرح الكتاب : ٢٣٤/٢ .

٣ ـ شرط مشاركة المالك في العمل ، إذ لا بد من التخلية بين العامل والعمل في الشجر ، ومهمة العامل الأصلية في هذا العقد هي العمل .

٤ ـ اشتراط الجذاذ أو القطاف على العامل ؛ لأنه ليس من المساقاة في شيء عندهم ، ولعدم التعامل به بين الناس ؛ لأن الأصل : كل ما كان من عمل قبل الإدراك كسقي وتلقيح وحفظ فعلى العامل ، وما بعده كجذاذ وحفظ ، فعلى العاقدين .

٥ ـ شرط كون الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل ؛ لأنه ليس من أعمال المساقاة .

٦ ـ اشتراط عمل تبقى منفعته على العامل بعد انقضاء مدة المساقاة ، كغرس الأشجار ، وتقليب الأرض ، ونصب العرايش ، ونحوه ؛ لأنه لا يقتضيه العقد ، ولا من أعمال المساقاة .

٧ ـ الاتفاق على مدة لا يحصل فيها الإثمار عادة ، لإضرار العامل ، ولفوات المقصود وهو الشركة في الخارج . كما أن المساقاة تفسد ، إذا كانت الثمرة قد انتهت ونضجت ؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا أثر للعمل بعد الإدراك والتناهي .

٨ ـ المساقاة مع الشريك ، كأن يكون بستان مشترك بين اثنين مناصفة ، فيدفعه أحدهما للآخر مساقاة ، على أن له الثلثين ، وللشريك المساقي الثلث ؛ لأن في المساقاة معنى الإجارة ، ولا يجوز كون الشخص أجيراً وشريكاً ، أي مستأجراً من شريكه ، وشريك المستأجر ؛ لأن استئجار الشريك على العمل في المشترك لا يصح ، إذ يجب أن يكون عمل الأجير في خالص ملك المستأجر .

فإذا عمل لا يستحق الأجر على شريكه ، ويقع عمل العامل لنفسه . وهذا ، أي الحكم بالفساد اختاره الحنابلة من بين وجهين ، إذا لم يجعل للعامل شيء في مقابل العمل .

وأجاز الشافعية العقد إذا شرط للعامل زيادة على حصته، أي أن الشافعية والحنابلة يجيزون هذه الصورة حالة الاتفاق على زيادة حصة العامل مقابل عمله[1]. كأن يكون الشجر بينهما نصفين، فيشترط له ثلثا الثمرة، ليكون السدس عوض عمله، فإن شرط له مقدار نصيبه أو دونه، لم يصح، لاستحقاقه نصيبه بالملك. ويكون الاتفاق بأن يقول الشريك لشريكه: ساقيتك على نصيبي، أو أطلق. فإذا قال: ساقيتك على كل الشجر، لم يصح.

ويترتب على فساد المساقاة عند الحنفية الأحكام التالية[2]:

١ ـ لا يجبر العامل على العمل؛ لأن الجبر على العمل بحكم العقد، وهو لم يصح.

٢ ـ الخارج كله لصاحب الشجر، لكونه نماء ملكه، وأما العامل فلا يأخذ منه شيئاً؛ لأن استحقاقه بالشرط في العقد، ولم يصح.

٣ ـ وإذا فسدت المساقاة، فللعامل أجر مثله، كالإجارة الفاسدة.

٤ ـ يجب أجر المثل عند أبي يوسف في حال الفساد مقدراً بالمسمى، لا يتجاوز عنه. وعند محمد: يجب أجر المثل تاماً بالغاً ما بلغ.

أثر فساد العقد في المذاهب الأخرى: قال المالكية[3]: إذا وقعت المساقاة فاسدة، فإن عثر عليها قبل العمل، فسخت. وإن عثر عليها بعد العمل، فسخت في أثنائه، ووجب فيها أجرة المثل إن خرج المتعاقدان عن المساقاة إلى إجارة فاسدة أو بيع فاسد؛ لأن للعامل فيها أجر ما عمل، قلّ أو كثر، فلا ضرر عليه في الفسخ. ومثال التحول إلى الإجارة الفاسدة: اشتراط زيادة شيء معين أو عرض من صاحب

---

(١) مغني المحتاج: ٣٢٧/٢، المحلي على المنهاج: ٦٣/٣، الشرح الكبير مع المغني: ٥٨٠/٥، كشاف القناع: ٥٣٣/٣.

(٢) البدائع: ١٨٨/٦.

(٣) القوانين الفقهية: ص ٢٨٠، الشرح الصغير: ٧٢٢/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢٤٨/٢.

البستان للعامل ؛ لأنه يصبح المالك كأنه استأجر العامل على أن يعمل له في بستان بهذه الزيادة وبجزء من ثمرة البستان ، وهي إجارة فاسدة توجب الرد لأجرة مثل العامل ويحسب منها تلك الزيادة ، ولا شيء للعامل من الثمرة ، ولو بعد تمام العمل . فإن كانت الزيادة من العامل للمالك ، فقد خرج العاقدان إلى بيع فاسد : هو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، إذ كأن العامل اشترى الجزء المسمى بما دفعه للمالك من الزيادة ، وبأجرة عمله ، فوجب له أجرة مثله ، وأخذ ما دفعه ، ولا شيء له من الثمرة .

وإن لم يخرج المتعاقدان عن المساقاة لعقد آخر ، بأن كان الفساد لضرر ، أو لفقد شرط غير الزيادة المتقدمة ، أو لوجود مانع ، أو بسبب الغرر كالمساقاة على حوائط مختلفة ، استمرت المساقاة بمساقاة المثل ، كالمساقاة على ثمر بدا صلاحه وآخر لم يبد صلاحه ، لاحتواء العقد على بيع ثمر مجهول (وهو الجزء المسمى للعامل) بشيء مجهول (وهو العمل) ، وكاشتراط عمل المالك مع العامل بجزء من الثمرة أو مجاناً ، وكاشتراط آلة أو دابة للمالك في بستان صغير ، لأنه ربما كفاه ذلك ، فيصير كأن العامل اشترط جميع العمل على المالك . ويجوز اشتراط الدابة على المالك في بستان كبير . وهذا التفصيل لابن القاسم . وقال ابن الماجشون : ترد إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد .

وقال الشافعية والحنابلة[1] : إذا خرج الثمر بعد العمل مستحقاً لغير المساقي المالك ، كأن أوصى بثمر الشجر المساقى عليه ، أو خرج الشجر مستحقاً ، فللعامل على من ساقاه أجرة المثل لعمله ، لأنه ضيّع عليه منافعه بعوض فاسد ، فيرجع ببدلها على المالك ، وإذا فسدت المساقاة ، فللعامل أجرة مثله . وتفسد المساقاة بجهالة نصيب كل

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٦/٢ ـ ٣٢٧ ، ٣٣١ ، المهذب : ٣٩٣/١ ، المغني : ٣٨١/٥ ، ٣٩٢ ، كشاف القناع : ٥٣٢/٣ ، ٥٠٢ .

واحد من العاقدين ، أو اشتراط نصيب مجهول ، أو دراهم معلومة ، أو كمية معينة من الثمرة ، أو شرط اشتراك المالك في العمل ، أو عمل العامل في شيء آخر غير الشجر الذي ساقاه عليه .

والخلاصة : أنه يجب باتفاق الفقهاء فسخ المساقاة الفاسدة إذا عرف الفساد قبل العمل . فإن شرع العامل بالعمل ثم اطلع على الفساد ، يجب له عند الجمهور أجر المثل . كما يجب له الأجر عند المالكية إذا خرج المتعاقدان إلى عقد آخر ، وإن لم يخرجا لعقد آخر ، استمرت المساقاة بمساقاة المثل .

المبحث الرابع ـ انتهاء المساقاة :

تنقضي المساقاة عند الحنفية كالمزارعة بأحد أمور ثلاثة : انتهاء المدة المتفق عليها ، موت أحد المتعاقدين ، فسخ العقد إما بالإقالة صراحة أو بالأعذار ، كما تفسخ الإجارة[1] .

ومن الأعذار : أن يكون العامل سارقاً معروفاً بالسرقة يخاف منه سرقة الثمر أو الأغصان قبل الإدراك ؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه ، فيفسخ به .

ومن الأعذار أيضاً : مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ؛ لأن في إلزامه استئجار أجراء ، زيادة ضرر عليه ، ولم يلتزمه فيجعل عذراً . وفي اعتبار سفر العامل عذراً للفسخ روايتان ، الصحيح أنه يوفق بينهما ، كما في مرض العامل ، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه ، وغير عذر إذا أطلق العقد عن الشرط .

وإذا مات العامل ، كان لورثته تعهد الثمر حتى يدرك ، وإن كره صاحب الشجر رعاية لمصلحة الجانبين . وإن مات المالك استمر العامل بعمله ، كما كان وإن

---

(١) البدائع : ١٨٨/٦ ، تكملة الفتح : ٤٨/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٦٨/٥ ، الدر المختار : ٢٠٤/٥ ، اللباب : ٢٣٤/٢ .

كره ورثة المالك . وإن مات العاقدان ، كان الخيار في الاستمرار لورثة العامل ، فإن أبى ورثة العامل الاستمرار في العمل ، كان الخيار فيه لورثة صاحب الأرض .

وإذا انقضت مدة المساقاة ولم ينضج الثمر ، بأن كان فجاً ، بقيت المساقاة استحساناً لوقت النضوج ، ويخير العامل ، إن شاء ترك وإن شاء عمل كما في المزارعة ، ولكن بدون أجر ، أي لا يجب على العامل أن يدفع للمالك أجر حصته إلى أن يدرك الثمر ؛ لأن الشجر لا يجوز استئجاره ، بخلاف المزارعة ، حيث يجب على العامل أجر مثل الأرض ؛ لأن الأرض يجوز استئجارها . ويكون العمل كله في المساقاة على العامل ، وفي المزارعة على العاقدين ، لأنه لما وجب أجر المثل للأرض في المزارعة بعد انتهاء المدة ، لم يستحق العمل على العامل ، كما كان يستحق عليه قبل انتهائها .

وإن أبى العامل العمل ، خير المالك أو ورثته بين أمور ثلاثة : إما أن يقتسم الثمر على حسب الشرط ، وإما أن يعطي العامل قيمة نصيبه من الثمر ، وإما أن ينفق على الثمر حتى يبلغ أو ينضج ، ثم يرجع بالنفقة بقدر حصة العامل من الثمر ؛ لأنه ليس للعامل إلحاق الضرر بغيره .

لكن قال الزيلعي : الرجوع على العامل بالنفقة بنسبة حصته فقط : فيه إشكال ، وكان ينبغي أن يرجع عليه بجميع النفقة ؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل ، وكان العمل كله عليه ، فلو رجع عليه بحصته فقط ، أدى الرجوع إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة .

وقال المالكية[1] : المساقاة عقد موروث ، ولورثة المساقي أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء ، وعلى المالك العمل إن أبى ورثة العامل من العمل من تركته . ولا تنفسخ المساقاة إذا كان العامل لصاً أو ظالماً أو عجز عن العمل ، وعلى العامل

---

(١) بداية المجتهد : ٢٤٧/٢ ، الشرح الصغير : ٧١٣/٣ .

استئجار من يعمل ، أو يستأجر من حظه من الثمر إن لم يكن له شيء ؛ لأن المساقاة عندهم عقد لازم ، لا يفسخ بالأعذار ، فليس لعاقد فسخها بعد العقد ، دون الآخر ما لم يتراضيا عليه .

وقال الشافعية[1] : لا تنفسخ المساقاة بالأعذار ، فلو ثبتت خيانة عامل مثلاً ، ضم إليه مشرف إلى أن يتم العمل ؛ لأن العمل واجب عليه . فإن لم يتحفظ عن الخيانة بالمشرف ، أزيلت يده بالكلية ، واستؤجر عليه من مال العامل من يتم العمل ، لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه .

وتنتهي المساقاة عند الشافعية بانقضاء المدة ، فإذا انقضت المدة كعشر سنين مثلاً ، ثم ظهرت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق ؛ لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد .

وإذا ظهرت الثمرة ، ولم تكتمل ، قبل انقضاء المدة كأن صارت طَلْعاً[2] أو بلحاً ، تعلق بها حق العامل ؛ لأنها حدثت قبل انقضاء المدة ، ويجب على العامل تمام العمل .

وتنفسخ المساقاة بموت العامل إذا كانت على عين (ذات) العامل كالأجير المعين ، ولا تنفسخ بموت المالك في أثناء المدة ، بل يتم العامل العمل ويأخذ نصيبه . لكن إذا ساقى المورث من يرثه ثم مات المورث ، فإن المساقاة تنفسخ ؛ لأنه أي الوارث لا يكون عاملاً لنفسه .

وإذا التزم العامل المساقاة في ذمته ، ثم مات قبل تمام العمل ، وخلّف تركة ، أتم الوارث العمل منها ، لأنه حق وجب على مورثه ، فيؤدَّى من تركته كغيره من الحقوق . وللوارث أن يتم العمل بنفسه أو بماله ، وعلى المالك تمكينه من العمل إن

---

(١) مغني المحتاج : ٢/٣٣١ ، المهذب : ١/٣٩١ وما بعدها .

(٢) هو بدء الحمل بأن يظهر الحمل في النخيل بين غلافين .

كان الوارث عارفاً بعمل المساقاة أميناً ، وإلا استأجر الحاكم من التركة عاملاً كفؤاً . فإن لم يخلف العامل تركة ، لم يقترض عليه ؛ لأن ذمته خربت بالموت .

وقال الحنابلة[1] : المساقاة كالمزارعة عقد جائز غير لازم ، فيجوز لكل طرف فيها فسخها . فإن فسخت المساقاة بعد ظهور الثمرة ، كانت الثمرة بينهما (أي بين المالك والعامل) على حسب الشرط المتفق عليه في العقد . لأنها (أي الثمرة) حدثت على ملكهما .

ويملك العامل كالمالك حصته من الثمرة بالظهور . ويلزم العامل تمام العمل في المساقاة ، كما يلزم المضارب بيع العروض التجارية إذا فسخت المضاربة . وهذا موافق لما قال الشافعية .

ولا تنفسخ المساقاة بموت العامل ، فإن مات العامل قام وارثه مقامه في الملك والعمل ؛ لأنه حق ثبت للمورث وعليه ، فكان لوارثه .

فإن أبى الوارث أن يأخذ ويعمل ، لم يجبر ، ويستأجر الحاكم من التركة من يعمل ، فإن لم تكن له تركة ، أو تعذر الاستئجار منها ، بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لتكميل العمل واستؤجر من يعمله .

وإن فسخ العامل ، أو هرب قبل ظهور الثمرة ، فلا شيء له ، لأنه قد رضي بإسقاط حقه ، مثل عامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح ، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل تمام عمله .

لكن إن فسخ المالك المساقاة قبل ظهور الثمرة وبعد شروع العامل في العمل ، فعليه للعامل أجر مثل عمله ، بخلاف المضاربة ؛ لأن الربح في المضاربة لا يتولد من

---

(١) المغني : ٣٧٢/٥ ـ ٣٧٧ ، كشاف القناع : ٥٢٨/٣ ـ ٥٣٠ .

المال بنفسه وإنما يتولد من العمل ، ولم يحصل بعمله ربح ، والثمر في المساقاة متولد من عين الشجرة ، وقد عمل العامل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ .

وإن مات العامل والمساقاة على عينه (ذاته) ، أو جنّ ، أو حجر عليه لسفه انفسخت المساقاة ، كما قال الشافعية .

أما لو مات المالك أو جنّ ، أو حجر عليه لسفه ، فتفسخ المساقاة ، خلافاً للشافعية .

وفي حالة العذر عند الحنابلة مع عدم الفسخ : إن عجز العامل عن العمل لضعفه مع أمانته ، ضم إليه غيره ، ولا ينزع من يده ، كما قرر الشافعية ؛ لأن العمل مستحق عليه ، ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكلية ، أقام المالك مقامه من يعمل ، والأجرة عليه في الحالتين لأن عليه توفية العمل .

وتنتهي المساقاة بمضي المدة المتفق عليها إن قدرت مدة عند الحنابلة أي كما قرر باقي المذاهب ، لكن إن ساقى المالك إلى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً ،فلم تحمل الثمرة تلك السنة ، فلا شيء للعامل ، كالمضاربة .

العقد الثالث ـ المغارسة أو المناصبة :

تعريفها ، وحكمها عند الفقهاء :

أولاً ـ تعريف المغارسة : هي أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجراً[1] وعرفها الشافعية : بأن يسلم إليه أرضاً ليغرسها من عنده ، والشجر بينهما[2] . وتسمى

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨١ .

(٢) مغني المحتاج : ٣٢٤/٢ .

عند أهل الشام المناصبة ، أو المشاطرة ؛ لأن الشجيرة الغرسة تسمى عند العامة نصباً ، أي منصوباً ، ولأن الناتج يقسم بينهما مناصفة لكل واحد منهما الشطر .

ثانياً ـ حكم المغارسة عند الفقهاء :

المغارسة المختلف فيها بين الفقهاء ، هي التي يقسم الشجر فيها نصفين بين المالك والعامل ، فمنعها الجمهور (غير المالكية) وأجازها المالكية بشروط .

قال الحنفية[1] : من دفع أرضاً بيضاء (أي لا شجر ولا زرع فيها) سنين معلومة ، يغرس فيها شجراً ، على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين ، لم يجز ، لثلاثة أوجه : أولها : لاشتراط الشركة فيما كان موجوداً قبل الشركة ، وهو الأرض ، لا بعمل العامل ، فكان ذلك في معنى قفيز الطحان[2] المنهي عنه[3] . وقال صاحب الهداية عن هذا الوجه : إنه أصحها ، لأنه ـ كما قال صاحب العناية ـ نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ، بصبغ نفسه ، على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ ، وهو مفسد للعقد .

وثاني الأوجه التي عللوا بها الفساد : أن المالك جعل نصف الأرض عوضاً عن جميع الأغراس ، ونصف الخارج عوضاً لعمل العامل ، فصار العامل مشترياً نصف الأرض بالغراس المجهول المعدوم عند العقد ، فيفسد العقد . وهذا الوجه رجحه ابن عابدين ؛ لأن كون المغارسة في معنى « قفيز الطحان » لا يضر ، إذ هو جار في معظم مسائل المزارعة والمعاملة (المساقاة) ، ولهذا قال الإمام بفسادهما ، وترك صاحباه القياس استدلالاً بمعاملة النبي ﷺ أهل خيبر ، وهذا هو الأولى .

---

(١) تكملة الفتح : ٤٩/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٨٦/٥ ، اللباب : ٢٣٤/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ٢٠٣/٥ وما بعدها .

(٢) إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمل العامل ، وهو نصف البستان .

(٣) روى الدارقطني عن أبي سعيد الخدري قال : « نهي عن عسب الفحل ، وعن قفيز الطحان » وعسب الفحل : أجرة ضرابه ، وقد استدل بهذا الحديث أبو حنيفة والشافعي ومالك على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول بعد العمل (نيل الأوطار : ٢٩٢/٥ وما بعدها) .

وثالث الأوجه : أن المالك استأجر أجيراً ليجعل أرضه بستاناً مشجراً بآلات الأجير، على أن يكون له نصف البستان الذي يظهر بعمله ، وهو مفسد للعقد ؛ لأنها إجارة بأجر مجهول وغرر .

و إذا فسدت المغارسة ، كان جميع الثمر والغرس لصاحب الأرض ، وللغارس قيمة غرسه يوم الغرس ، وأجرة مثله فيما عمل .

وحيلة جواز المغارسة عند الحنفية : أن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس ، و يستأجر رب الأرض العامل ثلاث سنين مثلاً ، بشيء قليل ، ليعمل في نصيبه .

وصحح الحنفية أيضاً ـ كما في الفتاوى الخانية ـ كون المغارسة على الاشتراك في الشجر والثمر فقط ، دون الأرض .

وعبارة الشافعية[1] في حكم المغارسة : لا تصح المغارسة ، إذ لا يجوز العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها ، ولأن الغرس ليس من عمل المساقاة ، فضمه إليها يفسده ، و يمكن تحقيق المقصود بالإجارة .

أما المساقاة في الشجر ، فلا يمكن عقد الإجارة عليه ، فجوزت المساقاة للحاجة .

والغرس الحاصل يكون للعامل ، و يكون لرب الأرض أجرة مثلها على العامل ، كما أن من زارع على أرض بجزء من الغلة ، فعطل بعض الأرض ، يلزمه أجرة ما عطل منها .

وعبارة الحنابلة[2] : إن دفع المالك للعامل على أن الأرض والشجر بينهما ، فالمعاملة فاسدة وجهاً واحداً ، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل (الأرض والشجر)

---

(١) مغني المحتاج : ٣٢٤/٢ ، بجيرمي الخطيب : ١٦٧/٣ وما بعدها .

(٢) المغني : ٣٨٠/٥ وما بعدها .

ففسد ، كما لو دفع إليه الشجر أو النخل ، ليكون الأصل والثمرة بينهما ، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما ، وحينئذ يكون للعامل أجر المثل .

لكن إن ساقاه على شجر يغرسه ، ويعمل فيه حتى يحمل ، ويكون للعامل جزء من الثمرة معلوم ، صح ؛ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر ، ونصيبه يقل .

هذه أقوال الجمهور (المذاهب الثلاثة) المانعة من صحة المغارسة ، حفاظاً على حقوق العاقدين ، ولكثرة الجهالة الناجمة عن انتظار نمو الشجر ، وللاشتراك في الأصل ، كاشتراك الشريكين في رأس المال في شركة المضاربة ، ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة ، على النحو المشروع في السنة النبوية ، كما لا تصح المساقاة على صغار الشجر إلى مدة لا يحمل فيها غالباً .

وقال المالكية[1] : العمل لإنماء الشجر يتم إما بالإجارة : وهو أن يغرس العامل للمالك بأجرة معلومة ، وإما بالجعالة : وهو أن يغرس له شجراً على أن يكون له نصيب فيما ينبت ، وإما بالمغارسة .

وتصح المغارسة (وهو أن يغرس العامل على أن يكون له نصيب من الشجر والثمر ومن الأرض) بخمسة شروط ، وهي :

١ ـ أن يغرس العامل في الأرض أشجاراً ثابتة الأصول ، دون الزرع والمقاثي والبقول .

٢ ـ أن تتفق أصناف الشجر ، أو تتقارب ، في مدة إطعامها (إثمارها) ، فإن اختلفت اختلافاً بيناً ، لم يجز .

٣ ـ ألا يكون أجلها إلى سنين كثيرة ، فإن حدد لها أجل إلى ما فوق الإطعام

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٨١ .

(إنتاج الثمرة) ، لم يجز ، وإن كان دون الإطعام ، جاز ، وإن كان إلى الإطعام ، فقولان .

٤ ـ أن يكون للعامل حظه من الأرض والشجر ، فإن كان له حظه من أحدهما خاصة ، لم يجز ، إلا إن جعل له مع الشجر مواضعها على الأرض ، دون سائر الأرض .

٥ ـ ألا تكون المغارسة في أرض محبسة (موقوفة) ، لأن المغارسة كالبيع .

ويلاحظ أنه يمنع في المغارسة والمساقاة والمزارعة عند المالكية شيئان :

الأول ـ أن يشترط أحدهما لنفسه شيئاً دون الآخر ، إلا اليسير .

الثاني ـ اشتراط السلف أو السلَم .

وإذا وقعت المغارسة فاسدة ، فلرب الأرض الخيار بين أن يعطي المستأجر قيمة الغرس أو يأمره بقلعه .

والخلاصة : أن المغارسة تصح إذا كان للعامل جزء معين من الثمرة فقط ، كالمساقاة ، كما ذكر الحنابلة ، وتصح المغارسة أيضاً إذا غرس العامل غرساً على أن تكون الأغراس والثمار بينهما كما أبان الحنفية ، ويمكن تصحيح المغارسة على الاشتراك في الأرض والشجر معاً ، بواسطة عقدي البيع والإجارة ، كأن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس ، ويستأجر المالك العامل مدة كثلاث سنين مثلاً ، بشيء يسير ليعمل في نصيبه ، كما ذكر الحنفية .

وصحح المالكية المغارسة بشروط ، وأبطلها الشافعية لعدم الحاجة إليها .

الفصل السّادس

اتفاق القسمة

فيه نوعان : الأول ـ في قسمة الأعيان ، والثاني ـ في قسمة المنـافع (المهـايـأة) وكل منهما يرد على الأموال المشتركة .

النوع الأول

قسمة الأعيان أو الرقاب

تسمى قسمة الأعيان أي الذوات : قسمة رقاب أيضاً .

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول ـ تعريف القسمة ومشروعيتها وركنها وصفتها .

المبحث الثاني ـ أنواع القسمة .

المبحث الثالث ـ شروط القسمة .

المبحث الرابع ـ كيفية القسمة .

المبحث الخامس ـ القاسم .

المبحث السادس ـ أحكام القسمة .

المبحث الأول ـ تعريف القسمة ومشروعيتها وركنها وصفتها :

أولاً ـ تعريف القسمة :

القسمة لغة : هي إفراز النصيب ، أو التفريق .وشرعاً لها تعاريف متقاربة عند الفقهاء ، فقال الحنفية : القسمة : جمع نصيب شائع في مكان معيّن ، أو مخصوص[1] ، وعرفتها المادة (١١١٤) مجلة بقولها : « القسمة : هي تعيين الحصة الشائعة ، يعني إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذرع والوزن والكيل » أو هي عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، ومبادلة بعض ببعض ؛ لأن نصيب كل شريك أو ملكه منتشر في جميع أجزاء الشيء المقسوم ، فإذا حدثت القسمة ، وقع في حصته جزء مملوك له ، وجزء مملوك لصاحبه شائعاً في كل الأجزاء ، فتتم المبادلة بين الشريكين بتنازل كل واحد منهما عن نصف نصيبه بعوض : وهو نصف نصيب صاحبه[2] .

ومعنى المبادلة أي (أخذ عوض حقه) واضح في القسمة الرضائية ، أما القسمة الجبرية فتحدث بناء على طلب الشريكين للقاضي ، يتضمن رضاهما بالمبادلة . فالقسمة تتضمن معنى المبادلة ؛ لأن ما يؤول لأحدهما ، بعضه كان له ، وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في نصيب صاحبه ، فكان ذلك مبادلة من وجه ، وإفرازاً من وجه ، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت ، والمبادلة هي الظاهر في غير المكيل والموزون للتفاوت ، ويجوز الإجبار على المبادلة كما في بيع مال المدين .

وعرف المالكية القسمة بما يقارب تعريف الحنفية ، فقالوا ، هي تعيين نصيب كل شريك في مشاع (عقار أو غيره) ، ولو كان التعيين باختصاص تصرف فيما عين

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٦٤/٥ ، الدر المختار : ١٧٨/٥ ، تكملة الفتح : ٢/٨ ،اللباب : ٩١/٤ .

(٢) البدائع : ١٧/٧ .

له ، مع بقاء الشركة في الذات ، وهذا التعريف يشمل عندهم أنواع القسمة الثلاثة : قسمة المهايأة ، وقسمة المراضاة ، وقسمة القرعة[1] .

وعرفها الشافعية والحنابلة[2] بأوضح تعريف في تقديري ، فقالوا : القسمة : تمييز بعض الأنصباء عن بعض ، وإفرازها عنها ، بتجزئة الأنصباء بالكيل أو غيره .

ثانياً ـ مشروعية القسمة :

أجمع العلماء على جواز القسمة لثبوت شرعيتها في القرآن والسنة ، أما القرآن فقوله تعالى : ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر ﴾ يدل على جواز قسمة المهايأة ، وقوله سبحانه : ﴿ وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه ﴾ الوارد في قسمة التركة ، وقوله سبحانه في قسمة الغنائم : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول .. ﴾ ولا يعلم هذا الخمس عن الأربعة الأخماس المستحقة للغانمين إلا بالقسمة .

وأما السنة : فقد قسم النبي ﷺ غنائم خيبر وحنين بين الغانمين ، وقسم المواريث[3] ، مما يدل على الإباحة .

ويؤيده حاجة الناس إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف المستقل في حصته ، وليتخلص من سوء المشاركة ، وكثرة الأيدي[4] .

ثالثاً ـ ركن القسمة وسببها وشرط لزومها :

ركن القسمة : هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء ، ككيل وذرع ، وسببها : طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص ، فلو لم

---

(١) الشرح الصغير : ٣٥٩/٣ وما بعدها .

(٢) حاشية الباجوري على ابن قاسم : ٣٥١/٢ ، المغني : ١١٤/٩ ، كشاف القناع : ٣٦٤/٦ .

(٣) راجع الأحاديث في نصب الراية : ١٧٨/٤ .

(٤) المغني : ١١٢/٩ .

يطلبوا لا تصح القسمة . وشرط لزومها بطلب أحد الشركاء : عدم فوت المنفعة بالقسمة ، أي عدم إبطال فائدة الشيء المتعارفة ، فلا يقسم مثلاً الحائط والحمام والبيت الصغير[1] .

رابعاً ـ صفة القسمة :

تتردد صفة القسمة عند الفقهاء بين وصفين : الإفراز أو التمييز ، والبيع أو المبادلة .

فقال الحنفية[2] : تشتمل القسمة مطلقاً (في المثليات أو القيميات) على وصفين : هما الإفراز : وهو أخذ عين حقه ، والمبادلة : وهو أخذ عوض حقه . والسبب في اشتمالها على معنى المبادلة : أن ما يأخذه كل شريك ، بعضه كان له ، وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضاً عما يبقى من حقه في حصة صاحبه ، فتكون القسمة مبادلة من وجه ، وإفرازاً من وجه .

والإفراز : هو الظاهر الغالب في المثليات ، أي المكيلات والموزونات وما في حكمها : وهي الذرعيات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض ، لعدم التفاوت بين أجزائها ، حتى كان لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه .

والمبادلة : هي الظاهر الغالب في غير المثليات أي القيميات كالحيوانات والدور وأصناف العروض التجارية ، للتفاوت بين أفرادها ، حتى لا يكون لأحد الشريكين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه[3] .

إلا أنه إذا كانت الأشياء المشتركة متحدة الجنس ، جازت القسمة الجبرية ، أي

---

(١) الدر المختار : ١٧٨/٥ .

(٢) الدر المختار : ١٧٨/٥ ، اللباب : ٩١/٤ ، تكملة الفتح : ٢/٨ ، البدائع : ٢٦/٧ .

(٣) نصت المادة (١١١٦) مجلة على ذلك ، فقالت : « والقسمة من جهة إفراز ، ومن جهة مبادلة .. » ، كما نصت المادة (١١١٧) على أن « جهة الإفراز في المثليات راجحة ... » والمادة (١١١٨) على أن « جهة المبادلة في القيميات راجحة .. » ونصت المادة (١١١٩) على المثليات .

يجبر القـاضي على القسمـة عنـد طلب أحـد الشركاء ؛ لأن فيهـا معنى الإفراز ، ويصح الجبر في المبادلة ، كما هو المقرر في حالة بيع ملك المدين ، لوفاء دينه .

وإن كانت الأشياء المشتركة أجنـاسـاً مختلفـة ، لم تجز القسمـة الجبريـة ، فلا يجبر القاضي على القسمـة ، لتعـذر المعـادلـة . وتجوز القسمـة الرضـائيـة حينئـذ ؛ لأن الحق للشركاء .

وقال المالكية[1] : قسمة المراضاة : وهي التي تتم بلا قرعة كالبيع ، وقسمة القرعـة : تمييز حق في مشاع بين الشركاء ، لا بيع ، وقسمة المهايأة في المنافع كالإجارة .

وقال الشافعية[2] : القسمة إفراز النصيبين وتمييز الحقين إلا إذا كان في القسمة رد ، أي تعويض (أو رد مـال أجنبي عن المقسوم) ، فهي بيع ، كأن يكـون في أحـد جـانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلاً ، لا يمكن قسمته ، فيرد من يأخذه بالقسمة بـالقرعـة قسط قيمة البئر أو الشجر ، في المثال المذكور .

وكذلك تكون القسمة بيعاً إذا كانت بالتعديل للسهام (وهي الأنصباء) بالقيمة ، كأرض تختلف قيمة أجزائهـا بقوة إنبـات أو قرب مـاء ، وتكون الأرض بينهما نصفين ، ويساوي ثلث الأرض مثلاً لجودته ثلثيها ، فيجعل الثلث سهماً ، والثلثان سهماً . وهذا الرأي أدق ما عرفته من المذاهب .

وقال الحنابلـة[3] : القسمـة : إفراز حق وتمييز أحـد النصيبين من الآخر ، وليست بيعاً ؛ لأنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ، ولا تجب فيها الشفعـة ، ويـدخلهـا الإجبـار ، وتلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقـدر الآخر . والبيع لا يجوز فيـه شيء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً كسائر العقود .

---

(١) الشرح الصغير : ٦٦٠/٣ ، ٦٦٢ ، ٦٦٤ .

(٢) حاشية الباجوري : ٣٥٢/٢ ـ ٣٥٤ ، المهذب : ٣٠٦/٢ .

(٣) المغني : ١١٤/٥ ، ١٢٩ ، كشاف القناع : ٣٦٥/٦ .

وفائدة الخلاف : أنها إذا لم تكن بيعاً ، جازت قسمة الثمار خرصاً ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلاً ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض في البيع ، وإن قلنا : هي بيع ، انعكست هذه الأحكام .

لكن إذا كانت القسمة رداً ، أي رد عوض عما حصل لشريكه من حق شريكه ، فتكون بيعاً فيما يقابل الرد (أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر) ، وإفرازاً في الباقي . والخلاصة أن القسمة عند الحنابلة إفراز ، إلا إذا كانت قسمة رد ، فتكون بيعاً فيما يقبل الرد .

المبحث الثاني ـ أنواع القسمة :

للقسمة أنواع في المذاهب الفقهية ، إذ كل مذهب ينظر إلى القسمة من جانب فقال الحنفية[1] : القسمة نوعان :

١ ـ **قسمة جبرية :** وهي التي يتولاها القاضي ، بطلب أحد الشركاء . ولو قسم القاضي أو نائبه بالقرعة ، فليس لبعض الشركاء الإباء بعد خروج بعض السهام[2] .

٢ ـ **قسمة رضائية :** وهي التي يفعلها الشركاء بالتراضي ، وهي تعتبر عقداً من العقود ، ركنها ككل عقد : هو الإيجاب والقبول ، ومحلها : العين المشتركة التي يجوز الاتفاق على قسمتها[3] .

وكل واحد منهما على نوعين :

---

(١) البدائع : ١٩/٧ ـ ٢٢ .

(٢) رد المحتار : ١٨٤/٥ .

(٣) قسمة الرضى في المادة (١١٢١) مجلة هي « القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي أو برضا الكل عند القاضي » وقسمة القضاء في المادة (١١٢٢) هي « تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم » .

١ ـ **قسمة تفريق أو فرد :** وهي تخصيص كل شريك بحصة جزئية معينة من المال المشترك ، كقسمة دار كبيرة بين شريكين أو ثلاثة ، يختص كل واحد منهم بنصف أو بثلث . وهي تحدث في كل ما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين كالمكيل والموزون والعددي المتقارب ، سواء قسمة رضا أو قسمة جبر .

٢ ـ **وقسمة جمع :** وهي أن يجمع نصيب كل شريك في عين على حدة[1] ، كأن يكون الشيء المشترك أقطاناً بين شريكين ، فيتقاسمان ، على أن يختص أحدهما بكمية منها والآخر بالباقي . وهي جائزة في جنس واحد ، ولا تجوز في جنسين مختلفين ، فتصح في المثليات وهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كأصناف الحنطة ، ولا تصح في جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددي كالحنطة والشعير ، والقطن والحديد ، والجوز واللوز ، واللآلئ واليواقيت .

وتصح بين أفراد الإبل ، أو أفراد البقر ، أو أفراد الغنم ، أي في ضمن الجنس الواحد ، والتفاوت القليل ملحق بالعدم .

ولا تصح بين خيل وإبل ، أو بين بقر وغنم ، لاختلاف الجنس ، فيتضرر أحدهما .

ولا تقسم الدور والأراضي المتعددة عند أبي حنيفة قسمة جمع منعاً للضرر ، لوجود التفاوت الفاحش بين دار ودار ، وأرض وأرض ، بسبب اختلاف البناء والبقاع ، فتعتبر في حكم جنسين مختلفين .

وعند الصاحبين : تجوز قسمة الدور والأراضي قسمة جمع ، ويعدل ما فيها من التفاوت بالقيمة . ولا تقسم الدار والضيعة (الأرض) ، أو الدار والحانوت المشتركتان

---

(١) عرفت المادة (١١١٥) من المجلة ـ هذين النوعين ، فقالت : قسمة التفريق : هي تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في أقسامها ، مثل قسمة عرصة بين اثنين . وقسمة الجمع : هي جمع الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة في أقسامها ، مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة : عشرة .

قسمة جمع باتفاق الحنفية ، بل يقسم كل واحد على حدة ،لاختلاف الجنس .

وقال المالكية[1] : قسمة الرقاب أو الأعيان نوعان : قسمة مراضاة وقسمة قرعة .

وقسمة المراضاة : بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بين الشريكين ، يرضى به بلا قرعة . وهي كالبيع ، فمن رضي بشيء منه ، ملك ذاته ، وليس له رده إلا بتراضيهما كالإقالة ، ولا رد فيها بالغبن إلا إذا أدخلا بينهما مقوماً . وتصح في متحد الجنس كالثياب ، أو في مختلف الجنس كثوب ودابة .

وقسمة القرعة : هي تمييز حق مشاع بين الشركاء ، لا بيع . فيرد فيها بالغبن ، ولا بد فيها من مقوم ، ويجبر عليها من أباها ، ولا تكون إلا فيما تماثل أو تجانس ، ولا يجوز فيها الجمع بين حظ اثنين .

وقال الشافعية[2] : القسمة ثلاثة أنواع ؛ لأن المقسوم إن تساوت الأنصباء منه صورة وقيمة فهو الأول ، وإلا ، فإن لم يحتج إلى رد شيء فالثاني ، وإلا فالثالث .

١ ـ قسمة الإفراز (أو قسمة الأجزاء أو قسمة المتشابهات) : وهي إفراز حق كل من الشركاء ، فهي تمييز للحق لا بيع . وتحدث فيما لا ضرر فيه ، كالمثليات من حبوب ودراهم وأدهان ، ودور متفقة الأبنية ، وأرض مستوية الأجزاء . ويجري فيها الإجبار ، فيلزم الشريك بالقسمة بطلب شريكه ، إذ لا ضرر عليه فيها ، فيجزأ ما يقسم كيلاً في المكيل ، ووزناً في الموزون ، وذرعاً في المذروع ، وعداً في المعدود بعدد الأنصباء إن استوت . ثم بعدئذ يقرع بين الأنصباء لتعيين كل نصيب منها لأحد الشركاء .

٢ ـ قسمة التعديل للسهام : وهي أن تعدل الأنصباء المختلفة بالقيمة ، لتحقيق المساواة بين الشركاء ، كأرض تختلف قيمة أجزائها بسبب قوة إنبات ، أو قرب ماء

---

(١) الشرح الصغير : ٦٦٢/٣ ـ ٦٦٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٢) حاشية الباجوري : ٣٥٢/٢ ـ ٣٥٤ ، بجيرمي الخطيب : ٣٤١/٤ ـ ٣٤٤ .

ونحوهما ، أو يختلف جنس ما فيها ، كبستان بعضه نخل ، وبعضه عنب . فإذا كانت الأرض مناصفة بين شريكين ، وكانت قيمة ثلثها المشتمل على ما ذكر كقيمة الثلثين الباقيين ، فيجعل الثلث سهماً ، والثلثان سهماً ، ويقرع بينهما كما سبق .

ويجري فيها الإجبار ، فيلزم الشريك بالقسمة بطلب شريكه ، كما في النوع الأول ، فإن أمكن قسم الجيد وحده ، والرديء وحده ، لم يجبر الشريك على التعديل .

ويجبر الشريكان على هذه القسمة في منقولات متحدة القيمة ، مختلفة الصفة ، كثياب من نوع واحد ، كما يجبران عليها في نحو دكاكين صغيرة متلاصقة ، متماثلة الأعيان أو الذوات ، للحاجة إلى القسمة ، بخلاف نحو الدكاكين الكبيرة ، أو الصغيرة غير المتلاصقة لشدة اختلاف الأغراض ، أو المقاصد باختلاف المحالّ والأبنية .

٣ ـ **قسمة الرد :** وهي التي تحتاج إلى رد مال أجنبي عن ذات المقسوم ، كأن يكون بأحد جانبي الأرض المشتركة بئر أو شجر مثلاً ، لا يمكن قسمته ، فيردّ من يأخذه بالقسمة الناتجة عن القرعة قسط قيمة البئر أو الشجر . فلو كانت قيمة البئر أو الشجر ألفاً ، وحصته النصف ، رد الآخذ خمسمائة . ولا يجري فيها الإجبار .

ويعتبر النوع الأول إفرازاً للحق ، لا بيعاً ، والنوعان الآخران بيعاً .

وبه يتبين أن القسمة عند الشافعية كغيرهم نوعان رئيسان : قسمة إجبار ، وقسمة تراض .

وقال الحنابلة[1] : القسمة نوعان :

١ ـ **قسمة تراض :** لا تجوز إلا برضا الشركاء كلهم : وهي التي فيها ضرر ، ورد عوض من أحدهما على الآخر ، كالدور الصغار ، والحمام والطاحون الصغيرين ،

---

(١) كشاف القناع : ٣٦٤/٦ ، ٣٦٩ .

والدكاكين اللطاف الضيقة . ولا إجبار فيها ، فإن طلب أحد الشريكين قسمة بعضها في مقابلة بعض ، لم يجبر الآخر ؛ لأن كل عين منها تختص باسم وصورة . وهي تشبه قسمة الرد عند الشافعية ، بدليل أن الحنابلة قالوا : كل ما لا يمكن قَسْمه بالأجزاء ، أو التعديل ، لا يقسم بغير رضا الشركاء كلهم . وحكم قسمة التراضي كالبيع ، أي كما قال الشافعية ؛ لأن صاحب الزائد بذل المال عوضاً عما حصل له من حق شريكه ، وهذا هو البيع ، والبيع محصور فيما يقابل الرد (أي العوض الذي رد من أحدهما على الآخر) وإفراز في الباقي ، كما بينا في صفة القسمة .

وإذا كانت هذه القسمة بيعاً ، فلا يجوز فيها ما لا يجوز في البيع ، ولا يجبر عليها الممتنع منها ، لحديث ابن عباس مرفوعاً : « لا ضرر ولا ضرار »[1] .

٢ ـ **وقسمة الإجبار** : ما لا ضرر فيها على الشريكين ، ولا على أحدهما ، ولا رد عوض ، كأرض واسعة وقريبة ، وبستان ودار كبيرة ، ودكان واسع ونحوها ، سواء أكانت متساوية الأجزاء أم لا .

وتحدث إن أمكن قسمتها بتعديل السهام من غير شيء يجعل معها ، فإن لم يمكن تعديل السهام إلا بجعل شيء معها ، فلا إجبار ، لأنه معاوضة ، فلا يجبر عليها من امتنع منها ، كسائر المعاوضات .

ومن أمثلتها : قسمة مكيل أو موزون من جنس واحد ، كدهن من زيت وسيرج وغيرهما ، ولبن ودبس وخل وتمر وعنب ونحوهما ، وسائر الحبوب والثمار المكيلة . وإذا طلب أحد الشركاء القسمة في المذكورات وأبى الشريك الآخر ، أجبر الممتنع ، ولو كان ولياً على صاحب الحصة ؛ لأنه يتضمن إزالة الضرر الحاصل بالشركة ، وحصول النفع للشريكين ، فيمكنهما التصرف بالحصص ، أو الاستثمار بأي طريق يختاره الشريك .

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني ، قال النووي : حديث حسن ، وله طرق يقوي بعضها بعضا .

المبحث الثالث ـ شروط القسمة :

فيه مطلبان : الأول ـ في شروط قسمة التراضي ، والثاني ـ في شروط قسمة الإجبار .

المطلب الأول ـ شروط قسمة التراضي :

اشترط الحنفية شروطاً في قسمة التراضي هي ما يأتي[1] :

١ ـ **أهلية المتقاسمين :** وهي العقل فقط ، فلا يجوز قسمة المجنون والصبي الذي لا يعقل (غير المميز) ؛ لأن القسمة عقد متردد بين الضرر والنفع وفيها معنى البيع ، فيشترط فيها ما يشترط في البيع .

ولا يشترط البلوغ عند الحنفية ، فتجوز قسمة الصبي العاقل (المميز) بإذن وليه ، كما لا يشترط الإسلام والذكورة والحرية لجواز القسمة ، فتجوز قسمة الذمي والمرأة والعبد المكاتب والمأذون ، لجواز البيع منهم .

٢ ـ **الملك أو الولاية :** فلا تجوز القسمة بدونها .

أما الملك : فهو أن يكون القاسم مالكاً عين ما يقسمه وقت القسمة ، فيقسمه الشركاء بالتراضي ، فإن لم يكن المقسوم مملوكاً للقاسم ، لا تجوز القسمة ؛ لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ، ومبادلة البعض ، وكل ذلك لا يصح إلا في الشيء المملوك[2] . وبناء عليه : لا تصح عند الحنفية قسمة الديون المشتركة قبل القبض ؛ لأنها لا تملك إلا بالقبض ؛ لأن الدين في حكم المعدوم ، ووجوده اعتباري ، والمقسوم يشترط فيه كونه عيناً . ويترتب عليه أيضاً أن قسمة الفضولي موقوفة على الإجازة قولاً أو فعلاً .

---

(١) البدائع : ١٨/٧ ، ١٩ ، ٢٢ .

(٢) البدائع : ٢٤/٧ ، م (١١٢٣ ، ١١٢٥ ، ١١٢٦) مجلة .

وأما الولاية : فهي ولاية القرابة المالية ، بأن يكون القاسم ذا ولاية مالية على الصغير والمجنون والمعتوه ، وهو الأب ووصيه ، والجد ووصيّه . والقاعدة في هذه الولاية : أن كل من له ولاية البيع ، فله ولاية القسمة ، ومن لا فلا ، ولهؤلاء ولاية البيع ، فلهم ولاية القسمة .

وأما وصي الأم ، ووصي الأخ والعم ، فيقسم المنقول ، دون العقار ؛ لأن له ولاية بيع المنقول ، دون العقار .

ولا يقسم وصي الميت على الموصى له ، لانعدام ولايته عليه ، وكذا لا يقسم الورثة عليه ، لانعدام ولايتهم عليه ؛ لأن الموصى له كواحد من الورثة . وكذا لا يقسم بعض الورثة على بعض ، لانعدام الولاية فيما بينهم .

٣ ـ حضور الشركاء أو نوابهم : فلا تصح القسمة على غائب ، وتنقض القسمة ، لو اقتسم الشركاء ، وأحدهم غائب . هذا في قسمة التراضي . أما في قسمة القاضي ، فتنفذ القسمة ولا تنقض .

٤ ـ رضا الشركاء فيما يقسمونه بأنفسهم : إذا كانوا من أهل الرضا أو رضا من يقوم مقامهم . فإن لم يوجد الرضا لا تصح القسمة ، فلو كان في الورثة صغير لا وصي له ، أو كبير غائب ، فاقتسموا فالقسمة باطلة ؛ لأن القسمة فيها معنى البيع ، كما بينا ، وقسمة الرضا ـ عند الحنفية ـ أشبه بالبيع ، وكما لا يصح البيع إلا بالتراضي ، لا تصح القسمة إلا به .

وإذا لم يكن شريك من أهل الرضا ، كالصبي والمجنون ، قام وليه أو وصيه مقامه . وإذا لم يكن للصغير ونحوه ولي ولا وصي ، كان موقوفاً على أمر الحاكم ، فينصب وصي من طرف الحاكم ليقسم بمعرفته[1] .

---

(١) الدر المختار : ١٨٠/٥ ، م (١١٢٨) مجلة .

وكذلك قال الشافعية[1] : يشترط في قسمة التراضي بأنواعها من رد وغيره رضا الشركاء حتى بعد خروج القرعة ، ولو ثبت بحجة غلط أو حيف في قسمة الإجبار أو قسمة التراضي التي تكون بالإفراز ، نقضت القسمة بنوعيها ، فإن كانت بالتعديل أو بالرد ، لم تنقض ، لأنها بيع .

المطلب الثاني ـ شروط قسمة الإجبار أو التقاضي :

يشترط لقسمة القضاء أو القسمة الجبرية ما يأتي :

الشرط الأول ـ طلب أحد الشركاء أو كلهم من القاضي قسمة المشترك : فلا تجوز القسمة من غير طلب أصلاً ؛ لأنها تصرف في ملك الآخرين ، وهو أمر محظور شرعاً[2] . وإذا طلب شريك وأبى الآخر ، يقسم الشيء المشترك جبراً بين الشركاء إذا كان قابلاً للقسمة[3] دفعاً للضرر ، كالتملك بالشفعة دفعاً لضرر الشفيع .

فإن لم يكن قابلاً للقسمة ، تناوب الشركاء في الانتفاع بطريق المهايأة .

والخلاصة : أنه تجب القسمة عند الطلب ، إلا إذا كان الطالب قاصداً الضرر ، فلا تجب ، كما سنبين في الشرط الثاني .

الشرط الثاني ـ ألا يترتب على القسمة ضرر : وهذا في قسمة التفريق ، لأنه إذا كان في القسمة ضرر لم تتحقق المنفعة المطلوبة من المال .

ويتضح هذا الشرط في معرفة طبيعة المال ، والمال في هذا الشأن نوعان[4] :

---

(١) بجيرمي الخطيب ٣٤٤/٤ .

(٢) الدر المختار : ١٧٩/٥ ، البدائع : ١٨/٧ ، ٢٢ ، ٢٨ ، م (١١٢٩ ، ١١٣٠) مجلة .

(٣) قابل القسمة : هو المال المشترك الصالح للتقسيم ، بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة (م ١١٣١) مجلة .

(٤) البدائع : ١٩/٧ ـ ٢١ ، تبيين الحقائق : ٢٦٨/٥ وما بعدها .

أ - إن كان المال مما لا ضرر في تبعيضه أو تجزئته ، بل فيه منفعة للشريكين ، كالمكيل والموزون والعددي المتقارب ، فتجوز قسمة التفريق قسمة جبر ، ويجبر القاضي من أبى من الشركاء على قبولها تحقيقاً لمصلحة الطرفين .

ب - وإن كان في القسمة ضرر : فإن أضرّت بكل واحد من الشريكين لم تجز قسمة الجبر في المال المشترك كاللؤلؤ والياقوت والثوب الواحد والسرج والقوس والمصحف الكريم ، والخيمة والحائط ، والحمام والبيت ، أو الحانوت الصغير ، والفرس والجمل والشاة والبقرة ؛ لأن الضرر يلحق بالشريكين معاً ، والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار .

وأما إن أضرّت القسمة بأحد الشريكين دون الآخر ، كالأرض المشتركة بين شريكين ولأحدهما حصة قليلة ، وللآخر الأكثر ، فتجب القسمة إن طلبها صاحب الأكثر ، إزالة للشيوع ومنعاً من الضرر ، فهو ينتفع بنصيبه ، فيجاب طلبه ؛ لأن الحق لا يبطل بتضرر الغير . وإن طلبها صاحب الحصة القليلة :ففيه رأيان :

رأي الحاكم الشهيد في مختصره الكافي : إنه يقسم المال المشترك ، إذ لا ضرر على صاحب الكثير ، بل له فيه منفعة ، وصاحب القليل قد رضي بالضرر ، حيث طلب القسمة ، فيجبر على القسمة .

ورأي القدوري في الكتاب : لا يقسم ؛ لأن صاحب القليل متعنّت في طلب القسمة ، لكون القسمة ضرراً محضاً في حقه ، فلا يعتبر طلبه ، وقسمة الجبر لم تشرع بدون الطلب . وهذا هو الأصح .

وإن كانت حصة كل من الشريكين قليلة ، لم يقسم القاضي بينهما ، إلا بتراضيهما ؛ لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة ، وفي هذا تفويتها ، وإنما تجوز القسمة بتراضيهما ؛ لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما[١] .

---

(١) الكتاب مع اللباب : ٩٤/٤ وما بعدها ، البدائع : ٢٨/٧ .

ومذهب الشافعية في قسمة الضرر والجبر قريب من مذهب الحنفية ، قالوا[1] إن ما عظم ضرر قسمته : إن بطل نفعه الحالي المقصود منه بالكلية كجوهرة وثوب نفيسين ، منعهم الحاكم منها ، وانتفعوا به مهايأة .

وإن لم يبطل نفعه بالكلية ، كأن نقص نفعه كسيف يكسر ، أو بطل نفعه المقصود ، كحمام وطاحونة صغيرين ، لم يمنعهم ولم يجبهم إلى القسمة ، لما فيه من إضاعة المال .

ولو كان هناك مال مشترك بين اثنين ، لأحدهما حصة قليلة ، كعشر دار أو حمام ، أو أرض ، وللآخر الأكثر وهو الباقي ، أجبر صاحب الأقل على القسمة ، بطلب الآخر لا عكسه .

وكذلك قال **الحنابلة**[2] : يجبر الحاكم على القسمة إذا كان المال قابلاً للقسمة ، وأمكن انتفاع الشريكين به مقسوماً : أي إنه يشترط لصحة القسمة عندهم ألا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر ، لم يجبر الممتنع لقول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » .

والضرر المانع من القسمة عند الشافعي وأحمد : هو أن تنقص قيمة نصيب كل شريك بالقسمة عن حال الشركة ، سواء انتفعوا به مقسوماً أم لم ينتفعوا ؛ لأن نقص قيمته ضرر ، والضرر منفي شرعاً .

وقال **المالكية**[3] : إن كان الشيء المشترك مما يحتمل القسمة بلا ضرر كالأرضين وغيرها ، أجبر على القسمة من أباها ، وإما إذا كان المال المشترك غير قابل للقسمة

---

(١) بجيرمي الخطيب : ٣٤٠/٤ وما بعدها .

(٢) المغني : ١١٥/٥ وما بعدها .

(٣) الشرح الصغير : ٦٧٨/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ .

كحانوت وبيت صغير وسيف ، فيباع ويوزع ثمنه بين الشريكين بحسب الحصة ، ويجبر على البيع من أباه من الشركاء ، بشروط أربعة وهي :

١ ـ أن تنقص حصة مريد البيع لو باعها مفردة عن حصة شريكه ، فإن لم تنقص لو بيعت مفردة لم يجبر له الآبي عن البيع ، لعدم الضرر ، كما لا يجبر فيما يقبل القسمة ، أي في المال المثلي .

٢ ـ ألا يلتزم رافض البيع لشريكه بتحمل فرق النقصان .

٣ ـ ألا يملك مريد البيع حصته مفردة : فإن ملكها مفردة ، وأراد بيعها ، وأبى صاحبه من البيع معه ، لم يجبر على البيع معه ، وعلى هذا فإن تملك الشريكان المال المشترك معاً بإرث أو شراء أو غيرهما ، جاز إجبار المتنع على البيع .

٤ ـ ألا يكون المال المشترك متخذاً للاستغلال أي الكراء ، أو مشترىً للتجارة فإن كان متخذاً للغلة ، أو اشتروه للانتفاع في غير غلة ولو للتجارة على المعتمد ، لم يجبر الآبي على البيع ، مع من أراد البيع .

الشرط الثالث ـ أن تكون القسمة عادلة ، غير جائرة ، لأن القسمة إفراز بعض الأنصباء ، ومبادلة البعض بالبعض ، ومبنى المبادلات على المراضاة ، فإذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ، ولا إفراز النصيب على نحو كامل ، لبقاء الشركة في جزء ما ، فتعاد[1] .

وبناء عليه لو ظهر في القسمة غلط أو غبن فاحش ، بطلت القسمة .

الشرط الرابع ـ أن يكون المال المشترك في قسمة الجمع[2] من جنس واحد ، كالمثلي من حنطة أو قطن أو جوز . فإن كان من أجناس مختلفة كالحنطة

---

(١) البدائع : ٢٦/٧ ، م (١١٢٧) مجلة .

(٢) قسمة الجمع كما بينا : هي أن يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة .

والشعير، والقطن والحديد، والجوز واللوز، واللآلئ واليواقيت، وأنواع الحيوان كالخيل مع الإبل، لم تجز القسمة؛ لأن قسمة الجمع عند اتحاد الجنس تقع وسيلة إلى تحقيق المقصود منها، وهو تكميل منافع الملك. وعند اختلاف الجنس تقع تفويتاً للمنفعة، لا تكميلاً لها.

وكذا الدور والأراضي والكروم لا تقسم قسمة جمع عند أبي حنيفة للتفاوت الفاحش بين دار ودار وأرض وأرض، بسبب اختلاف الدور والأراضي في بنائها وموقعها، فتعتبر في حكم جنسين مختلفين؛ لأن المعتبر والمقصود في الدور والأراضي هو المعنى، فتقسم قسمة تفريق[1] عنده.

وقال الصاحبان: تقسم الدور ونحوها قسمة جمع، لأنها من جنس واحد من حيث الصورة وأصل السكنى، وإن كانت أجناساً متعددة من حيث اختلاف المقاصد، ويمكن تعديل التفاوت فيها بالقيمة، وينظر القاضي في الأمر بما يحقق المصلحة.

واتفق أئمة الحنفية على أنه يقسم البيتان قسمة جمع، سواء أكانا متصلين أم منفصلين[2].

هذا ما يقوله متقدمو الحنفية، وأما في زماننا فإن المنازل والبيوت كالدور تتفاوت تفاوتاً فاحشاً، فلا تقسم قسمة جمع، وإنما تقسم قسمة تفريق.

المبحث الرابع ـ كيفية القسمة:

أبان الحنفية كيفية القسمة واجراءاتها التي يتبعها القاسم على النحو التالي[3].
وهو في تقديري مجرد اجتهاد يتغير بحسب العصور.

---

(١) قسمة التفريق: أن يقسم كل فرد من أفراد المال المشترك على حدة، ويعين نصيب المتقاسمين فيه.

(٢) البدائع: ٢١/٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٢٧٠/٥، م (١١٣٢ ـ ١١٤٢) من المجلة.

(٣) تكملة الفتح: ١٤/٨ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٢٧٠/٥، اللباب شرح الكتاب: ١٠٠/٤ وما بعدها، م (١١٥١) مجلة. وانظر تلك الاجراءات في المذاهب الأخرى في المهذب: ٣٠٨/٢ وما بعدها، المغني: ١٢٣/٩، الشرح الصغير: ٦٧٥/٣ وما بعدها.

١ ـ يمسح القاسم الأرض ، لحفظ الخريطة ، ورفعها للقاضي ، ويقوّم البناء ليعرف كل شريك قيمة نصيبه .

٢ ـ يفرز كل نصيب عن غيره مع ارتفاقاته من طريق ونحوه على حدة ، ليتحقق معنى التمييز والإفراز تمام التحقق ، ويمنع تعلق نصيب كل شريك بنصيب الآخر .

٣ ـ تحدد الأنصباء بالأرقام المتوالية ، ويطلق على كل نصيب اسم « السهم » .

٤ ـ تسجل أسماء المتقاسمين في أوراق متساوية مستقلة ، وتوضع في وعاء أو نحوه ، ثم يقرع بينهم على سبيل الندب والاستحسان ، تطييباً للقلوب ، وبعداً عن تهمة الميل والتحيز لأحد الشركاء ، فمن خرج اسمه أولاً ، فله السهم الملقب بالأول ، ويعطى من خرج اسمه ثانياً السهم الثاني ، وهكذا ... إذا اتحدت مقادير السهام .

فلو اختلفت السهام ـ بأن كانت بين ثلاثة مثلاً ، لأحدهم عشرة أسهم ، ولآخر خمسة أسهم ، ولآخر سهم ـ جعلها القاسم ستة عشر سهماً ، وكتب أسماء الثلاثة ، فإن خرج أولاً اسم صاحب العشرة ، أعطاه السهم الأول ، وتسعة متصلة به ، لتكون سهامه متصلة مع بعضها ، وهكذا حتى يتم التوزيع .

والقرعة مندوبة عند الحنفية ، فلو عين القاسم لكل شريك نصيبه ، من غير اقتراع ، جاز ؛ لأن عمله في معنى القضاء ، فيملك إلزام كل شريك بنصيبه .

٥ ـ آلة القسمة : نصت المادة (١١٤٧) مجلة على ذلك ، فقالت : المال المشترك : إن كان من المكيلات ، فبالكيل ، أو من الموزونات فبالوزن ، أو من العدديات فبالعدد ، أو من الذرعيات فبالذراع يصير تقسيمه . ونصت المادة (١١٤٨) مجلة على أنه : حيث كانت العرصة والأراضي من الذرعيات ، فتقسم بالذرع ، أما ما عليها من الأشجار والأبنية ، فيقسم بتقدير القيمة .

تعديل القسمة بالنقود :

أجاز الشافعية والحنابلة كما بينا تعديل القسمة بالقيمة والنقود في غير الأموال المثلية ، مما لا يقبل الإفراز ، كأرض تختلف قيمة أجزائها[1] .

أما الحنفية فلم يجيزوا في قسمة التقاضي قسمة تفريق إدخال النقود (الدراهم والدنانير) في القسمة ، إلا بتراضي الشركاء فيما بينهم ؛ لأن القسمة تجري في المشترك والمشترك بينهما العقار ، لا النقود ، فلو كان بين اثنين دار ، وأرادا قسمتها ، وكان في أحد الجانبين فضل بناء ، فأراد أحدهما أن يكون عوض البناء دراهم ، وأراد الآخر أن يكون عوضه عن الأرض ، فإنه يجعل عوضه من الأرض ، ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه أن يرد دراهم بدلاً عن الزيادة ، إلا بالتراضي ، لما في القسمة من معنى المبادلة ، فيجوز دخول الدراهم فيها بالتراضي دون جبر القاضي ، إلا إذا تعذر ، فحينئذ للقاضي التعديل بالدراهم ، للضرورة[2] .

نماذج من القسمة : أبان الفقهاء أهم حالات القسمة ، وهي كيفية قسمة الدور ، والأرض والبناء ، والدار والضيعة (الأرض العرصة غير المبنية) ، والدار والحانوت والسفل والعلو ، والطريق .

المطلب الأول ـ قسمة الدور :

اتفق الحنفية[3] : على أنه إذا كانت الدور المشتركة في بلدين ، فلا تجتمع في القسمة ، وتقسم دار كل بلد على حدة .

أما إذا كانت الدور المشتركة في بلد واحد ، فتقسم أيضاً عند أبي حنيفة كل دار

---

(١) بجيرمي الخطيب : ٣٤٢/٤ ، كشاف القناع : ٣٧٣/٦ .

(٢) تكملة الفتح : ١٥/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧١/٥ ، اللباب : ١٠١/٤ ، البدائع : ١٩/٧ ، م (١١٤٩) مجلة .

(٣) تكملة الفتح : ١٣/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧٠/٥ ، البدائع : ٢٢/٧ ، اللباب : ٩٨/٤ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٨٤/٥ .

على حدتها ؛ لأن الدور أجناس مختلفة ، لاختلاف المقاصد باختلاف المحالّ (المواقع) والجيران ، والقرب من المسجد والماء والسوق مثلاً ، فلا يمكن التعديل في القسمة وإنما تقسم قسمة تفريق ، ولا يضم بعض الأنصبة إلى بعض ، إلا إذا تراضوا . وهذا هو الصحيح عند الحنفية .

وقال الصاحبان : الرأي في هذه القسمة (وهي قسمة التقاضي) إلى القاضي ، يفعل ما يراه الأصلح ، فإن وجد الأصلح للشركاء في قسمة جمع ، بأن يجمع حصة كل شريك في دار ، فعل ، وإن وجد الأصلح في قسمة التفريق بأن يقسم كل دار على حدة ، فعل ؛ لأن الدور - في رأيهما - من جنس واحد من حيث الاسم والصورة ، وأصل السكن ، فيفوض الأمر إلى القاضي لاختيار الأصلح من القسمة : إما قسمة الجمع أو قسمة التفريق .

وهذا الخلاف بين الإمام وصاحبيه جارٍ في قسمة الدار الواحدة . فعند الإمام : لا تقسم قسمة جمع إلا بالتراضي . وعند الصاحبين : يفوض الأمر إلى القاضي ، ليحقق المصلحة والعدل في اختيار نوع القسمة .

وأما البيوت (الغرف) فتقسم باتفاق الحنفية قسمة جمع ، سواء أكانت متباينة أم متلاصقة ، لتقاربها في معنى السكنى[(١)] .

---

(١) يتلخص مذهب الحنفية فيما يلي : قال في الدرر : ههنا أمور ثلاثة : الدور ، والبيوت ، والمنازل ، فالدور متلازمة كانت أو متفرقة : لاتقسم قسمة واحدة إلا بالتراضي . والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ، والمنازل : إن كانت مجتمعة في دار واحدة ، متلاصقاً بعضها ببعض ، قسمت قسمة واحدة ، أي قسمة جمع ، وإلا فلا ، لأن المنزل أصغر من الدار ، وأكبر من البيت ، ففيه بيتان أو ثلاثة ، والبيت مسقف واحد له دهليز ، فألحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلاصقة ، وبالدور إذا كانت متباينة . وقال الصاحبان في كل ما ذكر : ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه ، ويمضي على ذلك . هذا رأي متقدمي الحنفية . وقال متأخرو الحنفية : لعل هذا في زمانهم ، وإلا فالمنازل والبيوت ، ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتاً فاحشاً في زماننا (رد المحتار : ١٨٤/٥ ، اللباب : ٩٩/٤) .

والشافعية يرون أن الدار المختلفة الأبنية تقسم قسمة تعديل بالقيمة ، لاختلاف الأغراض باختلاف المحالّ والأبنية[1] .

وكذلك قال المالكية : تقسم الدور بالتراضي ، أو بالسهام على أن تعدل بالقيمة[2] .

ولا تقسم الحمام والبئر والرحى والحائط المشترك إلا بتراضي الشركاء ، باتفاق الحنفية منعاً للضرر بكل شريك .

المطلب الثاني ـ الأرض والبناء :

إذا كان المال المشترك أرضاً عليها بناء ، ففي كيفية قسمتها أقوال ثلاثة عند الحنفية[3] .

١ ـ قال أبو حنيفة : تقسم الأرض بالمساحة ، لأنه هو الأصل في الممسوحات ، ثم يردّ من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود ، دراهم ، على الآخر ، حتى يساويه ، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة ؛ لأن قسمة التقاضي جبراً لا يدخل فيها النقود في أصل مذهب الحنفية ، وهنا دخلت للضرورة ، كما في ولاية الأخ على أخيه الصغير ، ليست له عليه ولاية مالية ، ولكن إذا زوجه ، ملك تسمية الصداق ، لضرورة التزويج . وهذا الرأي يتفق مع قسمة الرد عند الشافعية .

٢ ـ وقال أبو يوسف : تقسم الأرض والبناء ، باعتبار القيمة ، لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم . وهذا يتفق مع رأي الشافعية في قسمة التعديل .

٣ ـ وقال محمد : يرد الشريك على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة

---

(١) بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٦٢/٢ .

(٣) تكملة الفتح : ١٥/٨ .

(الأرض)[1] وإذا بقي فضل ، ولم يمكن تحقيق التسوية ، بأن كانت العرصة لا تفي بقيمة البناء ، فيرد على شريكه دراهم بمقدار الفضل (الزيادة) ؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها ، وهي هنا في هذا المقدار ، فلا يترك الأصل (وهو التقسيم باعتبار المساحة) إلا بمقدار الضرورة الحاصلة .

المطلب الثالث - الدار والضيعة ، والدار والحانوت :

الضيعة : أرض غير مبنية ، والحانوت : الدكان .

قال الحنفية : إذا كان المال المشترك داراً مع ضيعة ، أو داراً مع حانوت ، قسم القاضي كلاً منها على حدة ، قسمة تفريق ، لا قسمة جمع ؛ لأنها أجناس مختلفة ، أو في حكم الأجناس المختلفة . ومثل الدور : الأقرحة جمع قَراح : وهي قطعة من الأرض على حيالها ، لا شجر فيها ولا بناء ، أي إنها أرض مخلاة للزرع وليس عليها بناء .

وتقسم الأرض (العرصة) بالذراع ونحوه ، وتقسم الدار بالقيمة[2] .

المطلب الرابع - السُفْل والعُلْو :

إذا كان الذي يراد قسمته ، بعضه سفل ليس فوقه علو ، أو فوقه علو للغير ، وبعضه علو لا سفل له ، بأن كان السفل للغير ، وبعضه سفل له علو ، وكل ذلك في دار واحدة ، أو في دارين ، قوّم كل واحد من السفل والعلو على حدته ، وقسم بواسطة القاضي بالقيمة ، ولا يعتبر غير ذلك ؛ لأن كلاً منهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ، فصارا بمثابة جنسين مختلفين ، وهذا يقتضي القسمة بالقيمة ، ليتحقق التعديل .

---

(١) العرصة : بسكون الراء : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء ، أو ساحة الدار ، والجمع عَرَصات .

(٢) تكملة الفتح : ١٣/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧٠/٥ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٨٤/٥ ، اللباب : ٩٩/٤ ، البدائع : ٢٢/٧ ، م (١١٤٨) مجلة .

وهذا رأي محمد ، وهو الذي اختاره المشايخ ، وعليه الفتوى .

وقال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) : يقسم ذلك بالذَّرْع ؛ لأن السفل والعلو من المذروعات . ثم اختلفا في كيفية تلك القسمة ، فقال أبو حنيفة : ذراع من السفل بذراعين من العلو . وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . ثم قيل : كل منهما على عادة أهل عصره[1] .

وقال الحنابلة[2] : إن كان بين الشريكين دار لها علو وسفل ، فطلب أحدهما قسمها ، لأحدهما العلو وللآخر السفل ، فلا إجبار . أو طلب أحد الشريكين قسمة السفل دون العلو أو عكسه ، فلا إجبار أيضاً ؛ لأن كل واحد منهما مسكن منفرد ، ولأن أحدهما قد يتضرر بالقسمة .

ولو طلب أحدهما قسمة كل من العلو والسفل على حدة ، فلا إجبار أيضاً ، لما فيه من الضرر .

ولو طلب أحدهما قسمة العلو والسفل معاً ، ولا ضرر ، ولا رد عوض ، وجب قبول القسمة ، وأجبر الممتنع ، وعدل بالقيمة ؛ لأنه أحوط ؛ أي كما هو المفتى به عند الحنفية .

ولا يجعل ذراع سفل بذراعي علو ، ولا عكسه ، ولا ذراع بذراع ، إلا أن يتراضى الشريكان على القسمة .

المطلب الخامس ـ قسمة الطريق :

قد تثور عدة مشكلات في شأن قسمة الطريق منها :

---

(١) تكملة الفتح : ١٧/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧٢/٥ ، اللباب : ١٠٢/٤ ، الدر المختار : ١٨٥/٥ .

(٢) كشاف القناع : ٢٦٧/٦ .

أولاً ـ مصير الطريق ونحوه من الارتفاقات :

لو قسم القسّام الدار المشتركة بين الشريكين ، ولأحدهما مسيل ماء في ملك الآخر ، أو طريق أو نحوه ، ولم يتفق على الارتفاق في القسمة[1] :

أ ـ فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عن نصيب شريكه أي الاستغناء عنه بوسيلة أخرى ، وجب التحويل والصرف ، فليس له بعدئذ أن يستطرق ، ويسيل في نصيب الشريك الآخر ، لأنه أمكن تحقيق القسمة من غير ضرر .

ب ـ وإن لم يمكن الصرف فسخت القسمة ؛ لأنها مختلة ، لبقاء الاختلاط بين الحصص ، فتستأنف القسمة .

ثانياً ـ اختلاف الشركاء في إلغاء الطريق :

لو اختلف الشركاء حول إلغاء الطريق بينهم في القسمة ، نظر الحاكم في أمره .

أ ـ فإن كان يستقيم أن يفتح كل واحد منهم طريقاً في نصيبه ، قسم الحاكم بينهم من غير طريق مشترك بينهما ، ويلغى الطريق ، تكميلاً للمنفعة ، وتحقيقاً للإفراز من كل وجه .

ب ـ وإن كان لا يستقيم الفتح ، شق طريقاً مشتركاً بينهم ، ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق[2] .

ثالثاً ـ اختلاف الشركاء في مقدار الطريق :

إذا اختلف الشركاء في مقدار عرض الطريق :

أ ـ ففي طريق الدار : يجعل عرض الطريق ، بمقدار عرض باب الدار

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٧١/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ١٥/٨ وما بعدها ، اللباب : ١٠٢/٤ ، الدر المختار : ١٨٥/٥ ، م (١١٤٣ ـ ١١٤٤ ـ ١١٦٧) مجلة .

(٢) تكملة الفتح : ١٦/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧٢/٥ .

وارتفاعه ، حتى يتمكن كل واحد منهم من إخراج جناح أو إقامة شُرْفة في نصيبه ، إن كان فوق الباب ، لا فيما دونه ؛ لأن في ذلك القدر كفاية في الدخول ، وفي السلوك ، أي المرور.

ب ـ وفي الطريق إلى الأرض : يترك بقدر ما يمر فيه حيوان ، لتحقق الكفاية به في المرور[1] .

رابعاً ـ تبعية الطريق للحصص :

الحق في الطريق بمقدار سهام المقتسمين ، كما كان عليه الحال قبل القسمة ؛ لأن القسمة تمت في غير الطريق ، فبقي الطريق مشتركاً كما كان قبل القسمة[2] .

خامساً ـ التفاوت في مقدار حصة الطريق :

يجوز الاتفاق بين الشركاء على أن تتفاوت حصص الشركاء في الطريق ، وإن كانت سهامهم في الدار أو في الأرض متساوية ، كأن تكون النسبة في الطريق أثلاثاً ، وفي الدار ونحوها متناصفة ؛ لأن القسمة مع التفاوت أو التفاضل جائزة بالتراضي ، في غير الأموال الربوية[3] .

المبحث الخامس ـ القاسم

تعيينه ، وشروطه ، وأجرته ، وتعدد القسام .

أولاً ـ تعيين القاسم : القاسم : هو الذي يمارس القسمة . وقد يتولى الشركاء أنفسهم بالتراضي إجراء القسمة إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي ، لأنه لا ولاية لهم عليه ، وقد يعينون وكيلاً عنهم ، وهو الغالب ، وقد يعينه القاضي .

---

(١) المرجعان السابقان ، الدر المختار : ١٨٥/٥ ، البدائع : ٢٩/٧ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

ويندب للإمام أو للقاضي تعيين قاسم دائم ، يُرزق من بيت المال ، ليقسم بلا أخذ أجر ، وهو أحب وأولى ؛ لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ، ولأن القسمة من جنس عمل القضاء ، لأن به يتم فصل الخصومة وقطع المنازعة ، ونفعه يعم الناس ، فتكون كفايته في مالهم ، غرماً بالغنم .

فإن لم يعين قاسم دائم ، عين القاضي قاسماً يقسم بأجر المثل على حساب المتقاسمين ؛ لأن النفع عائد لهم على الخصوص ، وبقدر أجر مثله ، كيلا يتحكم بطلب الزيادة عن المثل ، كما أنه لا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد ، لأنه لو تعين لتحكم أيضاً بالزيادة على أجر مثله . ولا يترك القاضي القسّام يشتركون (تكوين شركة مثلاً) كيلا يتواضعوا على مغالاة الأجر ، فيتضرر الناس[1] ، فإن كونوا نقابة على النحو الحديث بإشراف الحاكم جاز؛ لأن الحاكم يوافق على نظام النقابة ، ويمنع المغالاة .

ثانياً ـ شروط القاسم : اشترط الحنفية استحباباً وندباً في القاسم شروطاً هي ما يأتي[2] :

١ ـ أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة ، لأنه لو كان غير عدل ، خائناً أو جاهلاً بأمور القسمة يخاف منه الجور في القسمة لا يجوز .

٢ ـ أن يكون معيناً من القاضي ، لأن قسمة غيره لا تنفذ على الصغير والغائب ، ولأنه أجمع لشرائط الأمانة .

٣ ـ المبالغة في تعديل الأنصباء ، والتسوية بين السهام ، بأقصى الإمكان لئلا يدخل القصور في سهم .

---

(١) تكملة الفتح : ٥/٨ ، الدر المختار : ١٧٩/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٦٥/٥ ،اللباب : ٩١/٤ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة ، البدائع : ١٩/٧ ، ٢٦ .

وينبغي ألا يدع القاسم حقاً بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشِّرب إلا إذا لم يمكن .

وينبغي ألا يضم القاسم نصيب بعض الشركاء إلى بعض ، إلا إذا رضوا بالضم ، لأنه يحتاج إلى القسمة ثانياً .

٤ ـ أن يقرع بين الشركاء بعد الفراغ من القسمة ، تطييباً للنفوس ولورود السنة بها[(١)] ، ولأن القرعة أنفى للتهمة .

واشترط الشافعية والحنابلة في القاسم المعين من قبل القاضي سبعة شروط وهي[(٢)] :

الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والذكورة ، والعدالة ، وعلم المساحة والحساب ؛ لأن علمهما آلة القسمة . وأضاف الشافعية اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط ، إذ لا بد مما ذكر .

فإن كان القاسم كافراً أو فاسقاً أو جاهلاً بالقسمة ، لم تلزم القسمة إلا بتراضي الشركاء بها ، كما لو اقتسموا بأنفسهم .

هذا إذا كان القاسم معيناً من قبل القاضي ، فإن تراضى الشركاء بمن يقسم بينهم لم تشترط الشروط السابقة ، إلا التكليف ، لأنه وكيل عنهم .

ثالثاً ـ تعدد القسّام :

يصح إجراء القسمة بقاسم واحد أو أكثر ، وقال المالكية : يكفي في قسمة القرعة قاسم واحد ؛ لأن مهمته الإخبار عن نتيجة الاقتراع ، كالقائف والطبيب والمفتي .

---

(١) روى أحمد والشيخان عن عائشة : « أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يخرج سفرا أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها ، خرج بها معه » (نيل الأوطار : ٢١٧/٦) .

(٢) بجيرمي الخطيب : ٣٣٨/٤ وما بعدها ، حاشية الباجوري : ٣٥١/٢ ، كشاف القناع : ٣٧٢/٦ ، المغني : ١٢٦/٩ .

ويكتفى بقاسم واحد عند المالكية والشافعية والحنابلة إن لم يكن في القسمة تقويم ؛ لأنه في قسمه كالحاكم في حكمه .

فإن كان في القسمة تقويم : أي تقدير قيمة السلع المشتركة ، فلابد فيها من التعدد عند هؤلاء الفقهاء ، فلا تجوز بأقل من اثنين ؛ لأن التقويم شهادة بالقيمة ، ولا بد في الشهادة من اثنين[1] .

رابعاً ـ أجرة القاسم .

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان القاسم معيناً من قبل القاضي ، فأجره (أو رزقه) من بيت مال المسلمين ، إذا كان فيه سعة ، لأن القسمة من جنس عمل القضاء ، ولأن منفعته تعم الناس كما بينا سابقاً .

وأما إن كان القاسم باختيار الشركاء في مقابل أجر ، فالأجر على الشركاء .

ويتم توزيع الأجرة عند أبي حنيفة ومالك على الشركاء بحسب العدد ، أو الرؤوس ؛ لأن الأجرة في مقابل العمل ، وهو تمييز الحصص ، والتمييز عمل واحد ؛ لأن تمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل ، فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، وتعب القاسم في تمييز النصيب اليسير كتعبه في تمييز الكبير ، وإذا لم يتفاوت العمل ، لا تتفاوت الأجرة .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة : يتم توزيع الآجرة بقدر الحصص أو الأنصباء ؛ لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل ، ولأن الأجرة كالنفقة التي يحتاجها الملك ، فتقدر بقدر الملك ، ويؤيده أن أجرة الكيال والوزان بقدر الأنصباء

---

(١) الشرح الكبير : ٣/٥٠٠ ، الشرح الصغير : ٣/٦٦٥ ، بجيرمي الخطيب : ٤/٣٣٩ ، كشاف القناع : ٦/٣٧٣ وما بعدها .

إجماعاً ، وكذا سائر المؤن كأجرة الراعي والحمل والحفظ وغيرها[1] . وهذا في تقديري هو الأولى والأصح ؛ لأنه أعدل وأرفق بالناس .

المبحث السادس ـ أحكام القسمة

للقسمة أحكام عامة ، وأحكام خاصة في الاثبات .

المطلب الأول ـ أحكام القسمة العامة :

لقسمة الأعيان أحكام عامة ، أهمها ما يأتي :

أولاً ـ لزوم القسمة :

القسمة من العقود اللازمة باتفاق الفقهاء[2] ، لا يجوز نقضها ، ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ كما سنبين في حكم نقض القسمة . ولكن لبعض المذاهب تفصيل في مبدأ اللزوم :

قال الحنفية[3] : تلزم قسمة التراضي وقسمة التقاضي بعد تمامها ، فلا يجوز الرجوع عنها إذا تمت .

أما قبل التمام ، فكذلك تلزم قسمة التقاضي ، فلو قسم القاضي المال المشترك بين قوم ، فخرجت السهام كلها بالقرعة ، لا يجوز لهم الرجوع ، وكذا لا رجوع إذا لم تتم القسمة ، كأن خرج بعض السهام دون بعض .

وأما قسمة التراضي : فيجوز للشركاء الرجوع عنها قبل تمامها ؛ لأن قسمة

---

(١) البدائع : ١٩/٧ ، تكملة الفتح : ٥/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٦٥/٥ ، الدر المختار : ١٧٩/٥ وما بعدها ، اللباب : ٩٢/٤ ، الشرح الكبير : ٥٠٠/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ ، بجيرمي الخطيب : ٣٤٠/٤ ، كشاف القناع : ٣٧٢/٦ ، المغني : ١٢٦/٩ .

(٢) البدائع : ٢٨/٧ ، بداية المجتهد : ٢٦٧/٢ ، المهذب : ٣٠٩/٢ ، المغني : ١٢٥/٩ ، الشرح الصغير : ٦٧٦/٣ ، رد المحتار : ١٨٤/٥ ، م (١١٥٧) مجلة .

(٣) البدائع ، رد المحتار ، المكان السابق ، م (١١٥٨) مجلة .

التراضي لا تتم إلا بعد خروج السهام كلها ، كما هو الشأن في كل عقد كالبيع مثلاً ، يجوز الرجوع عنه قبل تمامه .

إلا أنه إذا خرج جميع السهام إلا واحداً ، لم يجز الرجوع في قسمة التقاضي ، لصيرورة السهم متعيناً لمن بقي من الشركاء أو لتعيين نصيب ذلك الواحد .

وأطلق المالكية القول باللزوم فقالوا : ولزم ما خرج بالقسمة ، فليس لأحدهم نقضها ، وكذا يلزم الشريك في قسمة التراضي ، فمن أراد الفسخ لم يكن منه[1] .

وقال الشافعية[2] : تلزم قسمة الإجبار من غير تراضٍ ، ومن المعلوم أن قسمة الإفراز والتعديل فيها الإجبار ، وأما قسمة التراضي قسمة رد دون غيرها ، فالأرجح عندهم أن لا بد من الرضا بها بعد خروج القرعة ، ولا يلزم حكم القاسم إلا برضا الشركاء ؛ لأنه لما اعتبر الرضا بالقسمة ابتداء ، اعتبر بعد خروج القرعة .

والحنابلة[3] قالوا : تلزم عندهم قسمة الإجبار فهم كالشافعية ، وفي قسمة التراضي عندهم وجهان كالشافعية ، لكن الأرجح عندهم أنه إذا خرجت القرعة لزمت القسمة ؛ لأن القاسم كالحاكم ، وقرعته كالحاكم ، لأنه مجتهد في تعديل السهام كاجتهاد الحاكم في طلب الحق ، فوجب أن تلزم قرعته .

ثانياً ـ ثبوت حق الخيار في القسمة :

قال الحنفية[4] : القسمة ثلاثة أنواع : قسمة لا يجبر الآبي ، كقسمة الأجناس المختلفة ، وقسمة يجبر الآبي ، في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات ، وقسمة يجبر الآبي ، في غير المثليات المتحدة الجنس ، كالثياب من نوع واحد ، والبقر والغنم .

---

(١) الشرح الصغير ، المكان السابق .

(٢) بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ ، المهذب ، المكان السابق .

(٣) المغني ، المكان السابق ، كشاف القناع : ٣٧٣/٦ .

(٤) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٢٦٥/٥ ، انظر البدائع : ٢٨/٧ ، م (١١٥٣ ـ ١١٥٥) مجلة .

والخيارات ثلاثة : خيار شرط ، وخيار عيب ، وخيار رؤية .

١ ـ ففي قسمة الأجناس المختلفة ، حيث لا يجبر الآبي بها : تثبت الخيارات كلها ؛ لأنها مبادلة من كل وجه ، فهي كالبيع .

٢ ـ وفي قسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات ، حيث يجبر الآبي عليها ، يثبت خيار العيب ، دفعاً للضرر والجور ، دون خيار الشرط والرؤية ، إذ لا فائدة في اثباتها ، لعدم الضرر .

٣ ـ وفي قسمة القيميات ، غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد ، وكالبقر والغنم ، حيث يجبر الآبي في متحد الجنس ، ولا يجبر في غير متحد الجنس ، كالغنم مع الإبل : يثبت خيار العيب دفعاً للضرر .

أما خيار الشرط والرؤية ، ففي ثبوتها روايتان ، والصحيح منهما والذي عليه الفتوى : أنه يثبت .

والخلاصة : تثبت هذه الخيارات الثلاثة في تقسيم الأجناس المختلفة ، وفي قسمة القيميات المتحدة الجنس أو المختلفة الجنس ، ويثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية في قسمة المثليات المتحدة الجنس .

وقال المالكية في الأرجح[1] : يثبت خيار العيب في قسمة المراضاة : (بأن يتراضيا على أن كل واحد يأخذ شيئاً مما هو مشترك بينهم ، يرضى به بلا قرعة) لأنها كالبيع .

وقال الحنابلة[2] : إذا ظهر في نصيب أحد الشريكين عيب لم يعلمه قبل القسمة ،

---

(١) الشرح الصغير : ٦٦٢/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٦٧/٢ .

(٢) المغني : ١٢٨/٩ وما بعدها ، كشاف القناع : ٣٧٦/٦ .

فله فسخ القسمة ، أو الرجوع بأرش العيب ؛ لأنه نقص في نصيبه ، فملكه كالمشتري .

واكتفى الشافعية بالنص على أن قسمة الإفراز تنقض في حال الحيف أو الغلط . وأما قسمة الرد أو التعديل فهي بيع[1] ، أي يثبت فيها خيار العيب .

ثالثاً ـ آثار القسمة :

يترتب على القسمة الأحكام التالية[2] :

١ ـ يتعين نصيب كل شريك مستقلاً عن نصيب غيره ، فيملك حصته مستقلاً بعد القسمة .

٢ ـ يملك الشريك المقسوم له جميع التصرفات الثابتة لصاحب الملكية المطلقة ، من بيع وإيجار ورهن ، وبناء وهدم ، ونحوها .

٣ ـ لا تثبت الشفعة في القسمة ؛ لأن حق الشفعة في المبادلة المحضة ، والقسمة مبادلة من وجه واحد ، فلا تحتمل الشفعة .

والظاهر أن هذا الحكم متفق عليه في المذاهب[3] .

رابعاً ـ نقض القسمة :

تنقض القسمة بالإقالة أو بالتراضي على فسخها .

ويجب نقض القسمة بعد وجودها ، وبالرغم من لزومها في حالات هي عند الحنفية ما يأتي :

---

(١) بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ .

(٢) البدائع : ٢٨/٧ ، مادة (١١٦٢) مجلة .

(٣) المهذب : ٣٠٦/٢ ، المغني : ١٢١/٩ .

١ ـ ظهور دين على الميت : إذا وقعت القسمة ، ثم ظهر دين على الميت يحيط بالتركة المقسومة ، تفسخ القسمة ، إذا لم يكن للميت مال سواه ، إلا إذا قضى الورثة الدين ، أو أبرأ الغرماء الدائنون ذمم الورثة ، أو بقي من التركة ما يفي بالدين لزوال المانع من لزوم القسمة ، فتمضي القسمة على ما هي عليه .

والدليل على مسوغ الفسخ لهذا السبب : قوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ ، ولأن الدين إذا كان محيطاً بالتركة (مستغرقاً) ، تبين أنه لا ملك للورثة فيها ، بل هي ملك للميت يتعلق بها حق الغرماء ، وقيام ملك الغير في المحل المقسوم ، يمنع صحة القسمة .

وإذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة ، بقي للغرماء حق الاستيفاء ثابتاً في قدر الدين من التركة ، على الشيوع ، فيمنع نفاذ القسمة[١] .

وهذا الرأي عندي هو الأرجح ، رعاية لحقوق الدائنين .

وقال الحنابلة[٢] : لا تبطل القسمة بظهور دين على الميت ؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضا الورثة .

وقال الشافعية[٣] : إذا ظهر دين على الميت ، فإن قالوا : القسمة : تمييز الحقين لم تنقض القسمة ، وإن قالوا : إنها بيع : ففي نقضها وجهان : في وجه إنها تنقض لتعلق حق الغير بالمال . وفي وجه : لا تنقض إذا قضى الوارث الدين .

٢ ـ ظهور وارث آخر أو موصى له في قسمة التراضي : إذا تمت القسمة ، ثم ظهر وارث آخر ، أو موصى له بالثلث أو الربع مثلاً ، نقضت القسمة ؛ لأن الوارث ، والموصى له شريك الورثة .

---

(١) البدائع : ٣٠/٧ ، الدر المختار : ١٨٧/٥ ، تكملة الفتح : ٢٦/٨ ، م (١١٦١) مجلة .

(٢) المغني : ١٢٩/٩ .

(٣) المهذب : ٣١٠/٢ ، وانظر : ٣٢٧/١ .

ولا تنقض قسمة التقاضي في الأصح ؛ لأن القسمة حينئذ محل اجتهاد ، وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض[1] .

٣ـ ظهور غبن فاحش :

إذا حدثت القسمة ، ثم تبين فيها غبن فاحش : وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين ، كأن قوّم المال بألف وهو لا يساوي خمسمائة ، فسخت قسمة التقاضي باتفاق الحنفية ؛ لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد ، والغبن حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الأب والوصي ، ينقض بالغبن الفاحش . وتفسخ أيضاً قسمة التراضي في الأصح ؛ لأن شرط جوازها المعادلة ، ولم توجد ، فوجب نقضها . وهذا هو الصحيح المعتمد المفتى به عند الحنفية كما ذكر ابن عابدين ، أي أن قسمة التراضي تفسخ بالغبن الفاحش كقسمة التقاضي .

وتسمع دعوى الغبن الفاحش إن لم يقر المدعي باستيفاء حقه ، فإن أقر باستيفاء حقه لا تسمع دعوى الغبن ، أو الغلط للتناقض بين الإقرار والادعاء .

ولا تسمع دعوى الغبن اليسير الذي يدخل تحت تقويم المقومين ، ولا تقبل بينته[2] .

ونقض القسمة بالغبن الفاحش أو الجور متفق عليه بين الفقهاء[3] ، إلا أن الشافعية فصلوا في الأمر ، كما سنبين في حالة الغلط .

٤ـ وقوع غلط في المال المقسوم :

إذا ادعى أحد الشركاء بعد القسمة أن شيئاً من نصيبه وقع في يد صاحبه غلطاً ،

---

(١) البدائع : ٣٠/٧ ، رد المحتار : ١٨٧/٥ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ١٨٧/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٧٣/٥ وما بعدها ، م (١١٦٠) مجلة .

(٣) الشرح الصغير : ٦٧٧/٣ ، بجيرمي الخطيب : ٣٤٤/٤ ، المغني : ١٢٧/٩ .

وكان قد أقر أو أشهد على نفسه باستيفاء حقه[1] ، لم يصدق على الذي يدعيه ، إلا ببينة (إقرار الخصم أو نكوله) ؛ لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها ، فلا يصدق إلا بحجة ، ولا يكون متناقضاً لأنه اعتمد على فعل الأمين ، ثم ظهر غلطه .

فإن لم يكن له بينة ، استحلف الشركاء ، فمن نكل منهم ، جمع بين نصيبه ونصيب المدعي ، فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما ؛ لأن النكول حجة في حقه خاصة ، فيعاملان على زعمهما .

وإن لم يكن قد أقر بالاستيفاء ، تحالف الشركاء (حلف كل منهم يميناً) وفسخت القسمة ؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة ، فصار كالاختلاف في مقدار المبيع .

وإن قال : (أصابني إلى موضع كذا ، فلم تسلم إلي) ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء ، وكذبه شريكه ، تحالفا ، وفسخت القسمة ، لاختلافهما في نفس القسمة ، فإنهما اختلفا في قدر ما حصل بالقسمة ، فأشبه الاختلاف في قدر المبيع .

وإن قال «استوفيت حقي» . ثم قال «أخذت بعضه» فالقول قول خصمه مع يمينه ، لأنه يدعي عليه الغصب ، وهو منكر ، فالقول قول المنكر[2] .

والقول بنقض القسمة في حال ادعاء الغلط ، وإثباته بالبينة ، محل اتفاق أيضاً بين الفقهاء[3] . إلا أن الشافعية قالوا :

لو ثبت بحجة (شاهدي عدل أو رجل وامرأتين ، أو شاهد ويمين) غلط أو حيف في قسمة إجبار أو قسمة تراض ، وهي بالإفراز (أو الأجزاء) ، نقضت القسمة بنوعيها .

---

(١) الاستيفاء : عبارة عن قبض الحق بكامله .

(٢) تكملة الفتح : ٢٠/٨ وما بعدها ، الدر المختار : ١٨٦/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٧٣/٥ ، اللباب : ١٠٣/٤ وما بعدها ، البدائع : ٢٦/٧ .

(٣) المراجع السابقة .

فإن لم تكن بالأجزاء بأن كانت بالتعديل أو الرد ، لم تنقض ؛ لأنها بيع . وإن لم يثبت ذلك ، فللمدعي تحليف شريكه .

٥ ـ استحقاق بعض المال المقسوم :

إذا ظهر مستحق في المال المقسوم ، أي تبين وجود شريك آخر في المال ، فله صور ثلاثة عند الحنفية[1] علماً بأن الاستحقاق : هو أن يدعي شخص ملكية شيء أو بعضه ، ويثبت دعواه ، ويقضي له القاضي بملكيته وانتزاعه من يد آخر كالمشتري أو المقسوم له .

أ ـ لو كان المستحق بعضاً شائعاً في كل المقسوم ، كالخمس أو الربع ، فسخت القسمة باتفاق الحنفية ، لعدم تحقق معنى الإفراز والتمييز .

ب ـ ولو كان المستحق بعضاً معيناً من نصيب أحد الشركاء ، لم تفسخ القسمة باتفاق الحنفية ؛ لأن الاستحقاق ، لما ورد على جزء معين ، لم يظهر أن المستحق كان شريكاً في المال ، فلا تبطل القسمة ، لكن يرجع المستحق منه على صاحبه بقدر ما يخصه من الجزء المستحق ، إذ تبين أنه لم يكن ملكه ، فيرده .

جـ ـ ولو كان المستحق بعضاً شائعاً في أحد النصيبين ، لم تفسخ القسمة جبراً على المستحق منه عند أبي حنيفة ومحمد ، وإنما يخير المستحق منه ، بين أن يرجع بحصة البعض في نصيب صاحبه ، وبين أن يفسخ ؛ لأنه بالاستحقاق ظهر أن القسمة لم تصح في القدر المستحق فقط .

وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة ؛ لأنه بالاستحقاق تبين أن للشركاء شريكاً

---

(١) تكملة الفتح : ٢٣/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٧٤/٥ ، الدر المختار : ٥ـ١٨٦ وما بعدها ، اللباب : ١٠٦/٤ ، م (١١٢٥) مجلة .

آخر، ولو كان هناك شريك، لم تصح القسمة، كما في استحقاق بعض شائع في النصيبين.

أما الشافعية والحنابلة، فقالوا[1]: إن استحق من حصة أحد الشريكين شيء معين لغيرهما، بأن اختص به أحدهما، أو أصابه منه أكثر من نصيب الآخر، بطلت القسمة، لاحتياج أحدهما إلى الرجوع على الآخر بسبب عدم تحقق التعديل بين الأنصباء.

وإن كان البعض المستحق مقسوماً بين الشريكين بالسوية، كأن اقتسما أرضاً، فاستحق من حصتها معاً قطعة معينة على السواء في الحصتين، لم تبطل القسمة فيما بقي من الأرض؛ لأن القسمة إفراز حق كل واحد منهما، وقد أفرز.

وإن استحق بعض المال المقسوم شائعاً في الحصتين أو إحداهما، بطلت القسمة فيه، لا في الباقي عند الشافعية في الأصح، عملاً بمبدأ تفريق الصفقة.

وبطلت القسمة في الجميع عند الحنابلة؛ لأن المستحق شريك ثالث، وقد اقتسم المال من غير حضوره، ولا إذنه، وذلك سواء في قسمة التراضي أو الإجبار، ولأن القصد من القسمة تمييز الحقين، ولم يحصل.

المطلب الثاني ـ الأحكام الخاصة بالإثبات:

هناك أحكام خاصة بالقسمة متعلقة بكيفية فض النزاع بين المتقاسمين إذا اختلفوا في بعض الأمور، مثل الاختلاف حول الحدود، أو تقويم الغبن، أو بقاء بعض الحق في يد الشريك الآخر، حيث تعارضت أدلة الاثبات.

---

(١) المهذب: ٣٠٩/٢، بجيرمي الخطيب: ٣٤٤/٤، المغني: ١٢٨/٩، كشاف القناع: ٣٧٦/٦.

أولاً ـ الاختلاف في الحدود :

إذا اختلف المتقاسمان في الحدود ، فادعى كل واحد منهما بيتاً في يد صاحبه لدخوله في حده ، بعد القسمة ، وأقام كل منهما البينة على دعواه ، قضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ؛ لأنه خارج ، وبينة الخارج ترجح على بينة ذي اليد .

وإن أقام أحدهما بينة على أن بيتاً له في يد صاحبه أصابه بالقسمة وأنكر الآخر قضي له بالبينة . وإن لم تقم لأحدهما بينة ، تحالفا ، وترادا كما في البيع[1] . وتفسخ القسمة[2] .

ثانياً ـ الاختلاف في تقويم الغبن :

إذا اختلف المتقاسمان في تقويم الغبن ، فإما أن يكون يسيراً أو فاحشاً .

أ ـ فإن كان الغبن يسيراً : وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين ، لم يلتفت للادعاء ، سواء أكانت القسمة بالتراضي ، أم بقضاء القاضي ، لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً . ومثال الغبن اليسير : أن يكون ثمن السلعة عشرة ، فيقدره أهل الخبرة بعضهم بعشرة وبعضهم بتسعة ، فالواحد يعتبر غبناً يسيراً .

ب ـ وإن كان الغبن فاحشاً : وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين[3] ، كأن يقدر أهل الخبرة سعر السلعة ذات العشرة بثمانية أو سبعة ، ولا يقدرها أحد بعشرة . فإن كانت القسمة بقضاء القاضي ، فسخت ؛ لأن الرضا لم يوجد بين المتخاصمين ، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ، ولم يوجد . وإن كانت القسمة بالتراضي ، لم يلتفت

---

(١) روى عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده حديثاً بلفظ « إذا اختلف المتبايعان ، والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما ، تحالفا » (نيل الأوطار : ٢٢٤/٥) .

(٢) البدائع : ٢٦/٧ ، تكملة الفتح : ٢٢/٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٧٤/٥ ، الدر المختار : ١٨٦/٥ .

(٣) حدد متأخرو الحنفية الغبن الفاحش بما يعادل نصف عشر القيمة في المنقولات (أي ٥٪) والعشر (١٠٪) في الحيوان ، والخمس (٢٠٪) في العقارات .

للادعاء عند بعض الحنفية ؛ لأن القسمة في معنى البيع ، ودعوى الغبن فيه من المالك لاتوجب نقضه[1] .

أما البيع من غير المالك كبيع الأب والوصي ، فإنه ينقض بالغبن الفاحش[2] .

والأصح كما قدمنا أنه تسمع دعواه وتفسخ قسمة التراضي كقسمة التقاضي بالغبن الفاحش ؛ لأن شرط جواز القسمة المعادلة ، ولم توجد ، فوجب نقضها .

ثالثاً ـ الاختلاف في استيفاء النصيب :

إذا اختلف المتقاسمان بعد القسمة ، فأنكر بعض الشركاء استيفاء نصيبه ، وادعى أن بعضه في يد صاحبه ، وأنكر الآخر .

أ ـ فإن شهد قاسمان أو أكثر باستيفاء المدعي حقه ، تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأنهما شهدا على فعل غيرهما ، وهو القبض ، لا على فعل أنفسهما ؛ لأن فعلهما هو التمييز ، ولا حاجة للشهادة عليه .

وقال محمد : لاتقبل شهادتهما ؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما ؛ لأن فعلهما التمييز .

ب ـ وإن شهد قاسم واحد باستيفاء الحق ، لاتقبل شهادته ؛ لأن شهادة الفرد الواحد لاتقبل على غيره[3] .

---

(١) الغبن الفاحش وحده لايعيب في معظم الاجتهادات الرضا مالم يصاحبه شيء من الخلابة أو التدليس أي أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسيلة موهمة قولية أو فعلية تحمله على الرضا بالعقد ، ومنه كتان عيب المبيع ، ودليلهم حديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » .

(٢) تكلمة الفتح والعناية : ٢٢/٨ ، تبيين الحقائق : ٢٧٣/٥ وما بعدها .

(٣) الدر المختار ورد المحتار : ١٨٥/٥ وما بعدها .

النوع الثاني

قسمة المنافع أو المهايأة

فيه مباحث خمسة :

المبحث الأول ـ تعريف قسمة المهايأة ، ومشروعيتها .

المبحث الثاني ـ محل المهايأة .

المبحث الثالث ـ صفة المهايأة .

المبحث الرابع ـ أنواع المهايأة .

المبحث الخامس ـ ما يملكه كل شريك من التصرف بعد اتفاق المهايأة .

المبحث الأول ـ تعريف المهايأة ومشروعيتها :

أولاً ـ تعريف المهايأة : المهايأة في اللغة : مفاعلة من الهيئة ، وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء ، فكل من الشريكين يرضى بهيئة واحدة ، ويختارها . أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول ، فهي لغة : أن يتواضع الشريكان على أمر ، ويتراضيا به . والمهايأة فقهاً : هي عبارة عن قسمة المنافع[1] .

وعرفها المالكية[2] : بأنها اختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد كدار ، أو متعدد كدارين ، بمنفعة شيء متحد أو متعدد في زمن معلوم . وبناء عليه :

---

(١) العناية على شرح الهداية بهامش تكملة الفتح : ٢٧/٨ ، رد المحتار : ١٨٩/٥ ، م (١١٧٤) مجلة .

(٢) الشرح الصغير : ٦٦٠/٣ .

تعين الزمن شرط ، إذ به يعرف قدر الانتفاع ، وإلا فسدت المهايأة .

ثانياً ـ مشروعيتها : المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليها ، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع . ومحلها : منافع الأعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها . ولا تبطل بموت الشريكين ولا بموت أحدهما . ولو طلب أحدهما القسمة أعياناً بطلت[1] .

وقسمة الأعيان أقوى من المهايأة ؛ لأن الأولى جمع المنافع في زمان واحد على الدوام ، والتهايؤ جمع المنافع على التعاقب بصفة وقتية[2] . فإذا طلب أحد الشريكين القسمة ، والآخر المهايأة ، يجيب القاضي الأول ويقسم . واستدلوا على مشروعيتها بالقرآن والسنة .

أما القرآن : فقوله تعالى حكاية عن قسمة مهايأة ناقة صالح عليه السلام : ﴿ هذه ناقة لها شِرْب ، ولكم شِرْب يوم معلوم ﴾ وهو المهايأة بعينها .

وأما السنة : فوقائع منها : أنه ﷺ قسم في غزوة بدر كل بعير من الأبعرة السبعين بين ثلاثة نفر ، وكانوا يتعاقبون على ركوبه[3] .

المبحث الثاني ـ محل المهايأة :

محل المهايأة : المنافع دون الأعيان ، لأنها قسمة المنفعة دون العين ، فكان محلها المنفعة دون العين .

وعلى هذا : لو اتفق اثنان على أن يسكن أحدهما في قسم من دار ، والآخر في القسم الباقي ، أو على أن يسكن أحدهما العلو ، والآخر السفل ، صح ، وله إجارته وأخذ غلته . وكذا تجوز المهايأة في الأراضي المشتركة .

(١) رد المحتار ، المكان السابق ، اللباب : ١٠٦/٤ .

(٢) الهداية مع تكملة الفتح : ٢٧/٨ .

(٣) سيرة ابن هشام : ٦١٣/١ .

أما لو تهايآ في نخل أو شجر بين شريكين، على أن يأخذ كل واحد منهما جزءاً يستثمره، لا يجوز؛ أو تهايآ في الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما عدداً معيناً منها، وينتفع بألبانها، لا يجوز؛ لأن المهايأة عقد يرد على قسمة المنافع، والثمر واللبن عين، فلا يصلح محلاً للمهايأة، وهذا متفق عليه بين الفقهاء[1].

وقال الشافعية: ولا تصح قسمة الديون في الذمم ولو بالتراضي، وكل من أخذ منها شيئاً لا يختص به. ونصت المادة (١١٧٥) من المجلة على أن «المهايأة لا تجري في المثليات، بل في القيميات، ليكون الانقطاع بها ممكناً حال بقاء عينها».

المبحث الثالث ـ صفة المهايأة:

للفقهاء رأيان في لزوم المهايأة، رأي للجمهور غير المالكية بأنها غير لازمة، ورأي للمالكية بأنها لازمة. وعباراتهم ما يأتي:

قال الحنفية[2]: المهايأة بالتراضي زماناً أو مكاناً عقد غير لازم، فلو طلب أحد الشريكين من الحاكم المهايأة، والآخر القسمة، يجاب الثاني؛ لأن قسمة العين أقوى من قسمة المنفعة؛ لأن في الأولى تجتمع المنافع في وقت واحد على الدوام، وفي الأخرى تجتمع على التعاقب[3].

وبناء عليه تكون المهايأة عقداً جائزاً محتملاً للفسخ، كسائر العقود الجائزة، تفسخ ولو بغير عذر، ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشريكين أو بموتهما، بخلاف الإجارة، لأنها لو بطلت أي المهايأة أعادها القاضي للحال أي استأنفها حالاً، ولا

---

(١) البدائع: ٣٢/٧، تبيين الحقائق: ٢٧٧/٥، القوانين الفقهية: ص ٢٨٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٩٨/٣، الشرح الصغير: ٦٦٠/٣ وما بعدها، بجيرمي الخطيب: ٢٤٥/٤، المغني: ١٣٠/٩، كشاف القناع: ٣٦٧/٦.

(٢) البدائع: ٣٢/٧، الدر المختار ورد المحتار: ١٨٤/٥، ١٨٩، تبيين الحقائق: ٢٧٦/٥.

(٣) انظر المادة (١١٨٢) مجلة الآتي نصها في الحاشية التالية.

فائدة من الاستئناف ، كما لا فائدة في الانقضاء والإبطال ؛ لأنه يجوز لكل واحد فسخها ، بغير رضا الآخر .

أما المهايأة بالتقاضي : فهي عقد لازم ، كما أوضح ابن عابدين ، فلا يجوز لكل من الشريكين نقضها بلا عذر ، مالم يصطلحا .

وقال الشافعية[1] : المهايأة عقد غير لازم ، لكل من الشريكين الرجوع عنها متى شاء ، ولا إجبار فيها من القاضي .

وكذلك قال الحنابلة[2] : لا تلزم المهايأة ، فمتى رجع أحد الشريكين عنها ، انقضت المهايأة ، والمهايأة معاوضة لا يجبر عليها كالبيع كما قال الشافعية . ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك ، وانتقضت المهايأة ، أي كما قال الحنفية .

أما المالكية فقالوا[3] : وتلزم المهايأة كالإجارة ، فهي من العقود اللازمة ، فليس لأحدهما فسخها ، فإذا تراضيا على شيء وقعت صحيحة ، لا تفسخ إلا برضاهما أو برضاهم إن كانوا جماعة .

المبحث الرابع ـ أنواع المهايأة :

للمهايأة تقسيمان ـ الأول من حيث التراضي والجبر ، والثاني ـ من حيث الزمان والمكان .

التقسيم الأول ـ المهايأة من حيث الرضا والجبر :

تقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين : مهايأة بالتراضي ، ومهايأة بالتقاضي .

١ ـ المهايأة بالتراضي : هي أن يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشيء

---

(١) بجيرمي الخطيب : ٣٤٥/٤ .

(٢) المغني : ١٣٠/٩ .

(٣) بداية المجتهد : ٢٦٦/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٥ .

المشترك بينهما، على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً. وهي جائزة باتفاق الفقهاء.

٢ ـ **المهايأة بالتقاضي**: هي التي تتم بواسطة القاضي جبراً بناء على طلب أحد الشريكين. فيهايئ القاضي بينهما جبراً إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما، وإما بالمهايأة المكانية بالاختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص.

وهي جائزة عند الحنفية[1]، تحقيقاً للعدل بين الشركاء، وتوفيراً لمصلحتهم[2]، فللقاضي جبرهم في الأصح، لاحتياج الناس إلى ما هو أعدل وهو القسمة بالقضاء. وقد نصت المادة (١١٨١) مجلة على ما يأتي لبيان أحوال المهايأة الجبرية:

« إذا طلب المهايأة أحد أصحاب الأشياء المشتركة المتعددة، وامتنع الآخر: فإن كانت الأعيان المشتركة متفقة المنفعة، فالمهايأة جبرية. وإن كانت مختلفة المنفعة فلا جبر.

مثلاً: داران مشتركتان طلب أحد الشريكين المهايأة على أن يسكن إحداهما، والأخرى للآخر. أو حيوانان على أن يستعمل أحدهما واحداً، والآخر الآخر، وامتنع شريكه، فالمهايأة جبرية.

أما لو طلب أحدهما المهايأة على سكنى الدار، وللآخر إيجار الحمام، أو على سكنى أحدهما في الدار وزراعة آخر الأراضي، فالمهايأة بالتراضي، وإن لم تكن جائزة، إلا أنه إذا امتنع الآخر لا يجبر عليها[3] ».

---

(١) بداية المجتهد، المكان السابق، المادة (١١٧٦) من المجلة.

(٢) تبيين الحقائق: ٢٧٦/٥.

(٣) وانظر تبيين الحقائق: ٢٧٦/٥، تكملة الفتح: ٣٠/٨.

ولا يجبر على المهايأة من أباها عند المالكية والشافعية والحنابلة[1] (الجمهور)، لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع، ولأن حق كل واحد في المنفعة شيء عاجل، فلا يجوز تأخيره بغير رضاه، كالدين، أي فلا تجوز المهايأة بالتقاضي عند الجمهور.

وقال المالكية: لا تجوز قسمة المنافع بالقرعة. وقال الشافعية: إذا اتفقوا عليها، وتنازعوا في البداءة (بدء المناوبة) أقرع بينهم.

التقسيم الثاني ـ المهايأة من حيث الزمان والمكان:

تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين: مهايأة زمانية، ومهايأة مكانية.

فالأولى ترجع للزمان، والثانية ترجع للمكان. والمهايأة عند المالكية[2] قسمان: المهايأة بالأزمان، والمهايأة بالأعيان. والأولى: هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين بالعين (الشيء المشترك كله) مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه كأن يسكن أحدهما الدار شهراً، ويسكنها الآخر شهراً آخر. والثانية: هي أن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منها بما حصل له مدة محدودة، كأن يسكن أحدهما داراً، ويسكن الآخر داراً أخرى مدة من الزمان، أو يركب أحدهما فرساً والآخر فرساً أخرى مدة معينة.

١ ـ المهايأة الزمانية:

أولاً ـ تعريفها: هي أن ينتفع كل واحد من الشريكين على التعاقب بجميع العين المشتركة مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه، أو بنسبة حصته[3]. كأن يتهايأ اثنان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما، هذا سنة، والآخر سنة أخرى. أو على

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٨٥، بجيرمي الخطيب: ٣٤٥/٤، المغني: ١٣٠/٩.

(٢) بداية المجتهد: ٢٦٦/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٨٥.

(٣) بداية المجتهد، المكان السابق، المادة (١١٧٦) من المجلة.

سكنى الدار بالمناوبة ، هذا سنة ، والآخر سنة . أو على استعمال كتاب ، هذا أسبوعاً ، والآخر مثله . وقد نصت المادة (١١٨٧) مجلة على أنه لا تجوز المهايأة على الأعيان ، فلا تصلح المهايأة على ثمرة الأشجار المشتركة ، ولا على لبن الحيوانات وصوفها على أن يكون لأحد الشريكين ثمرة مقدار من هذه الأشجار ، ولآخر ثمرة مقدار منها ، أو على لبن قطيع من الغنم المشترك أو صوفه لواحد ، ولبن قطيع ثان ، وصوفه للآخر .

ثانياً ـ مشروعيتها : وهي جائزة لقوله تعالى حكاية عن مهايأة ناقة صالح عليه السلام في الشرب : ﴿ هذه ناقة لها شرب ، ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر ﴾ ولحاجة الناس إليها .

ثالثاً ـ تكييفها الفقهي : المهايأة الزمانية عند الحنفية كقسمة الأعيان : إفراز من وجه ، مبادلة من وجه ؛ لأن المهايئ كالمستقرض لنصيب شريكه ، فكان فيها معنى المبادلة من وجه[1] .

وقال الحنابلة : المهايأة معاوضة ، فلا يجبر عليها كالبيع[2] .

وصرح الشافعية : أن من استوفى زائداً على حقه ، لزمه أجرة ما زاد على قدر حصته من الزائد[3] . ويفهم منه أن المهايأة مبادلة .

وقد نصت المادة (١١٧٨) من المجلة على أن « المهايأة زماناً نوع مبادلة ، فتكون منفعة أحد أصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته .. »

رابعاً ـ تعيين المدة : يشترط في المهايأة الزمانية تعيين المدة ، بخلاف المهايأة المكانية ؛ لأن تعيين الزمان يعرف به قدر الانتفاع ، فتصير به المنافع معلومة ، ولا

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٧٦/٥ .

(٢) المغني : ١٣٠/٩ .

(٣) بجيرمي الخطيب : ٣٤٥/٤ .

تصير معلومة إلا ببيان زمان معلوم ، ولأن هذه المهايأة مقدرة بالزمان ، أما المهايأة المكانية فمقدرة مجموعة بالمكان ، ومكان المنفعة معلوم[1] . وقد رتبت المادة السابقة (١١٧٨) من المجلة على كون هذه المهايأة نوع مبادلة ، فقررت : « وبناء على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايأة ، مثلاً كذا يوماً ، أو كذا شهراً : لازم » .

وفصل المالكية[2] في مقدار المدة بعد اشتراطهم تعيين الزمن ، وانتفاء الغرر ، فقالوا : تجوز المهايأة في المنقولات في المدة اليسيرة ، ولا تجوز في المدة الكثيرة ، فلا تصح لزمن طويل في الحيوان ونحوه كالثوب . وتجوز المهايأة في العقارات كالدار والأرض المأمونة (بأن كانت ملكاً) لمدة بعيدة ، فيسكن أحدهما في الدار مدة معينة ، ويسكن الآخر مدة أخرى ، ويزرع أحدهما الأرض عاماً ، والآخر عاماً مثله . أما الأرض غير المأمونة (غير المملوكة) كالمعارة ، فلا يجوز قسمها مهايأة ، وإن قلت المدة ، إذ قد يرجع المستعير في إعارته ، فيفوت على الآخر الذي لم تأت نوبته حقه من الانتفاع .

خامساً ـ انتهاؤها : لا تبطل المهايأة بموت أحد العاقدين ، ولا بموتهما ؛ لأنها ـ كما أشرنا سابقاً ـ لو بطلت لاستأنفها الحاكم ، ولا فائدة في الاستئناف . وإنما تنقضي باتفاق الطرفين على إنهائها ، ببيع المال المشترك[3] .

٢ ـ المهايأة المكانية :

أولاً ـ تعريفها : هي أن يخصص كل واحد من الشريكين ببعض المال المشترك بنسبة حصته[4] ، فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد . ففي المهايأة في دار تجمع منفعة أحدهما في جزء من الدار ، ومنفعة الآخر في جزء آخر .

---

(١) البدائع : ٣٢/٧

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٩٩/٣ ، الشرح الصغير : ٦٦١/٣ ، بداية المجتهد : ٢٦٦/٢

(٣) الدر المختار : ١٨٩/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٧٦/٥ ، تكملة الفتح : ٢٧/٨

(٤) انظر المادة (١١٧٩) من المجلة .

ثانياً ـ مشروعيتها : المهايأة المكانية جائزة ؛ لأنها نوع من القسمة ، مثل قسمة الأعيان ، فلوتهايآ على أن يأخذ أحد الشريكين في الأبنية الطابقية السفل ، والآخر العلو ، جاز ، فتكون قسمة المنفعة بالمهايأة المكانية جائزة أيضاً[1] .

وبما أن المهايأة الزمانية جائزة للحاجة عند تعذر اجتماع الشريكين على الانتفاع بالعين الواحدة ، فكذلك المكانية .

ثالثاً ـ محلها : تجري المهايأة المكانية في المال المشترك الذي يقبل القسمة كالدار الكبيرة . أما ما لا يقبل القسمة كالسيارة والحيوان والكتاب والبيت الصغير ، فلا تمكن فيه المهايأة المكانية ، وإنما تتعين فيه المهايأة الزمانية .

المهايأة في الدور :

وبناء عليه تجوز في ظاهر الرواية المهايأة في الدور ، سواء أكانت زمانية أم مكانية ، للاستعمال الشخصي أو للاستغلال (الانتفاع بواسطة الغير بالأجرة ونحوها) ؛ لأن الظاهر عدم التغير في العقار ، ولأن المهايأة المكانية إفراز لجميع الأنصباء ، والمهايأة الزمانية تتم بالمناوبة أو التعاقب في الانتفاع ، فكانت كالقرض ، ويعتبر كل واحد في نوبته وكيلاً عن الآخر[2] .

المهايأة في الحيوان :

وأما المهايأة في الحيوان كدابتين مثلاً ، يركب أحدهما إحداهما مدة ، والآخر مدة أخرى ، لا تجوز عند أبي حنيفة لا استعمالاً ولا استغلالاً ؛ لأن الظاهر التغير في الحيوان ، ولأن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين حذقاً وخرقاً .

وتجوز المهايأة استعمالاً عند الصاحبين في الحيوان والحيوانين ، كما تجوز

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٧٦/٥ ، البدائع : ٣١/٧ ، تكملة الفتح : ٢٧/٨ .

(٢) تبيين الحقائق : ٢٧٦/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣٠/٨ ، الدر المختار : ١٨٩/٥ ، م (١١٧٦) مجلة .

للاستغلال في الحيوانين ، ولا تجوز في الحيوان الواحد ؛ لأن المعادلة تمكن بين الحيوانين ، لاتحاد وقتهما ، ولا تمكن المعادلة في الحيوان الواحد ؛ لأن الظاهر التغير في الحيوان ، لتوالي أسباب التغير عليه ، إذ يكون جهد الحيوان في الزمان الثاني أقل منه في الزمان الأول[1] .

وقد نصت المادة (١١٧٧) مجلة : على جواز المهايأة الاستعمالية في الحيوان المشترك وفي الحيوانين المشتركين ، على أن يستعمل أحدهما هذا والآخر الآخر ، وهو رأي الصاحبين ، وهذا يتفق مع رأي المالكية في قسمة المنافع بالأعيان .

رابعاً ـ تكييفها الفقهي :

المهايأة المكانية : إفراز لجميع الأنصبة ، وليست مبادلة ، إذ لو كانت مبادلة لما صحت ؛ لأن المبادلة في الجنس الواحد نسيئة ، لا تجوز لتوافر ربا النسيئة فيها ، باعتبار أن اتحاد الجنس وحده كاف عند الحنفية في وجود هذا النوع من الربا[2] .

خامساً ـ مدتها :

لا يشترط في المهايأة المكانية ذكر المدة وتعيينها ، بخلاف المهايأة الزمانية ؛ لأن الزمانية تحتاج إلى بيان الوقت لتصير المنافع معلومة ، وأما المكانية فلا تحتاج لبيان الوقت ؛ لأن مكان المنفعة معلوم ، فصارت المنافع معلومة بمكانها[3] . ولكن المالكية قالوا : في قسمة المنافع بالأعيان يشترط أن تكون المدة محدودة .

سادساً ـ انقضاؤها :

لا تنقضي المهايأة المكانية كالزمانية بموت أحد الشريكين ، ولا تنقضي بموتهما ، إذ

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٧٧/٥ ، تكملة الفتح : ٣٠/٨ وما بعدها ، البدائع : ٣٢/٧ الدر المختار : ١٩٠/٥ .

(٢) تبيين الحقائق : ٢٧٦/٥ ، المادة (١١٧٩) مجلة .

(٣) البدائع : ٣٢/٧ ، المادة (١١٧٩) مجلة .

لو بطلت لاستؤنفت ولا فائدة في الاستئناف ؛ لأن لكل شريك فسخها متى شاء ، إنما تنقضي بالتراضي على إنهائها ، ببيع المال المشترك[1] .

المبحث الخامس ـ ما يملكه كل شريك من التصرف بعد المهايأة :

إذا تم الاتفاق على المهايأة ، ملك كل واحد من المتهايئين استعمال الشيء كما يريد ، سواء أكانت المهايأة مكانية أم زمانية . ففي الزمانية : يجوز السكنى والركوب ونحوهما ، وفي المكانية : يجوز السكنى ونحوها .

ويملك كل متهايئ في المهايأة المكانية حق استغلال (استثمار) الشيء المتهايأ فيه ، بالإجارة والإعارة ونحوهما ، سواء أكان ذلك مشروطاً في العقد ، أم غير مشروط ، وسواء تهايآ في دار واحدة أو دارين ؛ لأن كل متهايئ ملك المنفعة ، فيملك التصرف فيها بالتمليك وغيره ؛ لأن المهايأة المكانية ليست إعارة .

وأما في المهايأة الزمانية : فلا يملك كل من المتهايئين في نوبته استغلال حصته ، باتفاق الحنفية ، إذا لم يشترطا ذلك . فإن شرطا في المهايأة حق الاستغلال ، ففيه اختلاف عند الحنفية :

أ ـ قال القدوري : لا يملك ، لأن المهايأة الزمانية في معنى الإعارة ، والعارية لاتؤجر . وهذا هو الراجح .

ب ـ وقال محمد في الأصل : يجوز التهايؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة ، فلكل متهايئ إيجار غيره مافي يده . وتأول الحنفية هذا المنقول في (الأصل) وهو الغلة بأنه غير الاستغلال ؛ لأن الغلة أي الناتج عين ، والتهايؤ : قسمة المنافع دون الأعيان[2] .

---

(١) نصت المادة ١١٩١ مجلة على أنه : « بموت أحد أصحاب الحصص أو كلهم ، لاتبطل المهايأة » .

(٢) البدائع : ٣٢/٧ وما بعدها .

الفصل السّابع

الغصب والإتلاف

قال الكاساني[1] : الجنـايـة في الأصل نوعـان : جنـايـة على البهـائم والجمـادات ، وجنـايـة على الآدمي . أمـا الجنـايـة على البهـائم والجمـادات فنوعـان أيضـاً : غصب وإتلاف .

وهذان النوعان أو ما يدل عليهما : وهو وضع اليد عدواناً أحد أسبـاب الضمان أو التعويض المالي على الاعتداء على مال الغير أو حقه . ويلحق بهما بحث دفع الصائل لما يترتب على الصيـال من إتـلاف وضمان . فيكـون الكـلام في مبحثين : الأول ـ في الغصب وأحكامه ، والثاني ـ في الإتلاف وأحكامه .

المبحث الأول ـ الغصب وأحكامه :

وفيه مطلبان

المطلب الأول : تحريم الغصب ، وتعريفه ، وأثر اختلاف الفقهاء في ضابطه .

المطلب الثاني : أحكام الغصب الأخروية والدنيوية .

الأول : التأثيم والمؤاخذة .

---

(١) البدائع : ٢٣٣/٧ .

الثاني ـ رد المغصوب مادام موجوداً .

الثالث ـ ضمان المغصوب حال هلاكه . وفيه الموضوعات التالية :

١ ـ كيفية الضمان .

٢ ـ وقت وجوب الضمان .

٣ ـ ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان .

٤ ـ تغير العين المغصوبة أو خلطها بغيرها .

٥ ـ نقصان المغصوب .

٦ ـ زيادة المغصوب ، وحكم البناء والغرس والزرع في الأرض المغصوبة .

٧ ـ منافع المغصوب أو غلته .

٨ ـ اختلاف الغاصب والمغصوب منه .

٩ ـ غاصب الغاصب .

المطلب الأول ـ تحريم الغصب ، وتعريفه ، وأثر اختلاف الفقهاء في ضابطه :

أولاً ـ تحريم الغصب : ثبت تحريم الغصب في القرآن والسنة والاجماع[1] . أما القرآن : فقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، وتدلوا بها إلى الحكام ، لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم ، وأنتم تعلمون ﴾ .

وأما السنة : فقوله ﷺ : «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا ،

---

(١) المغني : ٥/٢٢٠ ، كشاف القناع : ٤/٨٣ .

في شهركم هذا ، في بلدكم هذا »[١] وقوله : « لا يحل مـال امرئ مسلم إلا بطيب نفسـه »[٢] « من أخذ شبراً من الأرض ظلماً ، فإنه يطوّقـه يوم القيـامـة من سبع أرضين »[٣] «على اليد ما أخذت حتى تؤديه »[٤] ونحوها من الأحاديث .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب . وهـو معصيـة كبيرة وإن لم يبلـغ المغصـوب نصاب سرقة .

ثانياً ـ تعريف الغصب : الغصب لغة : أخـذ الشيء ظلمـاً ، أو قهراً جهـاراً . وشرعا : له عند الفقهاء في الجملة حقيقتان تختلفان جذرياً عند الحنفية وغيرهم .

١ ـ فعند الحنفية[٥] : الغصب : هو أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المـالـك ، على وجه يزيل يده .

فأخذ المـال : يشمل المغصوب وغيره ، وقولهم « متقوم » لإخراج غير المتقوم كالخمر والخنزير ، وقولهم « محترم » احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم .

والمراد بغير إذن المالك : لإخراج المأذون فيه كالموهوب وغيره مما يتم المبـادلـة عليـه بعقد من العقود . والقيد الأخير : « إزالة يد المالك » لا بـد منهـا لتصور معنى الغصب عنـد الحنفيـة ، فلا تعتبر زوائـد المغصوب كالولـد والثمرة مضمـونـة عنـدهم . وبنـاء عليـه يعتبر الاستخدام والتحميل غصبـاً ؛ لأنـه تصرف بـالمـال ، ولا يعتبر الجلوس على البسـاط مثلاً غصباً ؛ لأن البسط فعل المالك ، والجلوس استعمال لم يزل يد المالك عنه .

ولا بـد من زيـادة قيـدين آخرين على التعريف : وهمـا : أولاً « على سبيـل

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي بكرة رضي الله عنه ، ورواه مسلم عن جابر ، أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى (سبل السلام : ٧٣/٣) .

(٢) رواه أبو اسحاق الجوزجاني ، ورواه الدارقطني عن أنس ، وعن عمرو بن يثربي (نيل الأوطار : ٣١٦/٥ ، نصب الراية : ١٦٩/٤) .

(٣) متفق عليه بين أحمد والشيخين عن سعيد بن زيد (نيل الأوطار : ٣١٧/٥) .

(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب (سبل السلام : ٦٧/٣) .

(٥) تكملة فتح القدير مع العناية : ٣٦١/٧ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١٨٨/٢ .

المجاهرة » لإخراج السرقة التي تكون على سبيل الخفية . وثانياً : « أو يقصر يده إن لم يكن في يده » فيصبح التعريف : « أخذ مال متقوم محترم على سبيل المجاهرة بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك إن كان في يده ، أو يقصر يده إن لم يكن في يده » ليشمل الأخذ من المستأجر أو من المرتهن أو من الوديع ؛ لأن الأخذ من هؤلاء ، وإن لم يكن في يد المالك ؛ إلا أنه يترتب عليه أن الغاصب قصر يد المالك عن ماله ، أي أنه قيد يده في التصرف بماله ، فلم يعد قادراً على التصرف .

٢ ـ وعرف المالكية[1] الغصب بأنه « أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة » فكلمة : « أخذ المال » أي الاستيلاء عليه جنس يشمل الغصب وغيره كأخذ إنسان ماله من وديع أو مدين أو غيرهما . وكلمة « المال » يراد بها الذوات أي الأعيان المادية ، فخرج بها « التعدي » : وهو الاستيلاء على المنافع كسكنى الدار وركوب الدابة مثلاً . و« قهراً » لإخراج السرقة ونحوها إذ لاقهر فيها حال الأخذ ، وإن أعقبها القهر بعدها ، كما أنها أيضاً لإخراج المأخوذ اختياراً كالمستعار والموهوب ، و« تعدياً » خرج به المأخوذ قهراً بحق كالدين المأخوذ من مدين مماطل أو من غاصب ، وأخذ الزكاة كرهاً من ممتنع عن أدائها ، ونحوه ، والمقصود بقوله « بلا حرابة » أي بدون مقاتلة ، لإخراج المأخوذ بالحرابة ؛ لأن حقيقتها غير حقيقة الغصب .

من هذا التعريف يتبين أن الغصب عند المالكية أخص ، والتعدي أعم ؛ لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان ، والتعدي في النفوس والأبدان يدخل تحت باب الجنايات أو الدماء والقصاص . فالغصب : هو أخذ ذات الشيء ، والتعدي : أخذ المنفعة[2] .

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٤٤٢/٣ ، ٤٥٩ .

(٢) وهناك فروق أخرى بينهما منها أن الفساد اليسير من الغاصب يوجب للمالك أخذ قيمة المغصوب ان شاء ، والفساد اليسير من المتعدي لا يوجب الا أخذ ارش النقص الحاصل به . ومنها : ان المتعدي لا يضمن الآفة السماوية ، والغاصب يضمنها . ومنها أن المتعدي يضمن غلة ما عطل كدار أغلقها وأرض بورها ، ودابة حبسها بخلاف الغاصب انما يضمن غلة ما استعمل (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٥٩/٣ وما بعدها) .

والتعدي في الأموال أربعة أنواع[1] :

الأول ـ أخذ الرقبة أي ذات الشيء وهو الغصب .

والثاني ـ أخذ المنفعة ، دون الرقبة ، وهو نوع من الغصب ، يجب فيه الكراء مطلقاً .

والثالث ـ الاستهلاك بإتلاف الشيء كقتل الحيوان ، أو تحريق الثوب كله أو تخريقه ، وقطع الشجر ، وكسر الزجاج ، وإتلاف الطعام والدنانير والدراهم ، وشبه ذلك .

والرابع ـ التسبب في التلف ، من فتح حانوتاً لرجل ، فتركه مفتوحاً ، فسرق ، أو فتح قفص طائر فطار ، أو حل رباط دابة فهربت ، أو أوقد ناراً في يوم ريح ، فأحرقت شيئاً ، أو حفر بئراً تعدياً ، فسقط فيه إنسان أو بهيمة ، أو مزق وثيقة ، فضاع ما فيها من الحقوق .

فمن فعل شيئاً مما ذكر فهو ضامن لما استهلكه ، أو أتلفه ، أو تسبب في إتلافه ، سواء تم الفعل عمداً أو خطأ .

٣ ـ وعرف الشافعية والحنابلة[2] الغصب بأنه : الاستيلاء على حق الغير (من مال أو اختصاص) عدواناً ، أي على وجه التعدي أو القهر بغير حق .

وهذا التعريف يشمل أخذ الأموال المتقومة والمنافع وسائر الاختصاصات كحق التحجر (أي إحياء الأرض الموات بوضع الأحجار على حدودها) ، والأموال غير المتقومة كخمر الذمي ، وما ليس بمال ، كالكلب والسرجين وجلد الميتة .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٣١ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ ، كشاف القناع : ٨٣/٤ ، المغني : ٢٢٠/٥ .

ثالثاً ـ أثر اختلاف الفقهاء في ضابط الغصب :

اختلف الفقهاء في ضابط الغصب الذي يتحقق به على رأيين :

١ ـ فقال أبو حنيفة وأبو يوسف[1] : الغصب : هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة ، بفعل في المال ، أي أن الغصب لا يتحقق إلا بأمرين هما : إثبات يد الغاصب (وهو أخذ المال) وإزالة يد المالك أي بالنقل والتحويل . وعبارتهم فيه : الغصب يتحقق بوصفين :

إثبات اليد العادِيَة ، و إزالة اليد المحقة[2] .

٢ ـ وقال جمهور الفقهاء ومنهم المذاهب الثلاثة ، ومحمد وزفر من الحنفية[3] : يتحقق الغصب بمجرد الاستيلاء ، أي إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه ، ولا يشترط إزالة يد المالك . وليس المقصود من الاستيلاء أو أخذ مال الغير : هو الأخذ أو الاستيلاء الحسي بالفعل ، وإنما يكفي الحيلولة بين المال وصاحبه ، ولو أبقاه بموضعه الذي وضعه فيه .

ويظهر أثر الاختلاف بين الرأيين في غصب العقار وفي زوائد المغصوب وفي منافعه . كما يظهر أثر الاختلاف بين الحنفية وغيرهم باشتراط تقوم المال في غصب المال غير المتقوم .

آ ـ **غصب العقار :** لا يتصور الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا في غصب

---

(١) البدائع : ١٤٣/٧ ، تكلمة الفتح : ٣٦٨/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٢٤/٥ .

(٢) المراد باليد : هو القدرة على التصرف . وعدم اليد : عدم القدرة على التصرف (تبيين الحقائق ، المكان السابق) . والعادية : بتخفيف الياء لا بتشديدها ، وهي الضامنة لا المعتدية .

(٣) الشرح الكبير : ٤٤٢/٣ ، مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ ، كشاف القناع : ٨٣/٤ . ويفتى برأي محمد وزفر في الوقف ، وبرأي الشيخين في غير الوقف .

المنقول فقط[1] ؛ لأن إزالة يد المالك بالنقل والتحويل التي يتحقق بها معنى الغصب عندهما ، لا تتحقق إلا في المنقولات . وأما العقار كالأرض والدار، فلا يتصور وجود الغصب فيه ، لعدم إمكان نقله وتحويله ، فمن غصب عقاراً فهلك في يده بآفة سماوية كغلبة سيل ، لم يضمنه عندهما ، لعدم تحقق الغصب بإزالة اليد ؛ لأن العقار في محله لم ينقل ، فصار كما لو حال بين المالك وبين متاعه ، فتلف المتاع . أما لو كان الهلاك بفعل الغاصب كأن هدمه ، فيضمنه ؛ لأن الغصب إذا لم يتحقق في العقار، فيعتبر الإتلاف .

وقال محمد وزفر من الحنفية وأئمة المذاهب الثلاثة[2] : يتصور غصب العقار من الأراضي والدور، ويجب ضمانها على غاصبها ؛ لأنه يكفي ـ عند غير الحنفية ـ لتوافر معنى الغصب : إثبات يد الغاصب على الشيء بالسكنى ووضع الأمتعة وغيرها ، ويترتب عليه ضمناً بالضرورة إزالة يد المالك ، لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة ، ويتحقق أيضاً عند محمد وزفر مبدؤهما : وهو إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب ، وتحقق هذين الوصفين هو معنى الغصب ، فصار العقار كالمنقول في تحقيق الوصفين المطلوبين لتصور الغصب .

ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب ، فالعقار والمنقول مضمونان على السواء ؛ وما يضمن في البيع يضمن أيضاً في الغصب ؛ ولأن الغاية المطلوبة من الغصب وهي الانتفاع على وجه التعدي توجد في العقار، كما توجد في المنقول .

ويؤكد ما سبق كله قوله ﷺ : « من ظلم شبراً من الأرض طوقه الله من سبع

---

(١) البدائع : ٤٥/٧ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٨٩/٢ ، تكملة الفتح وتبيين الحقائق ، المكان السابق .

(٢) الشرح الكبير : ٤٤٣/٣ ، بداية المجتهد : ٣١١/٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٥/٢ وما بعدها ، المغني : ٢٢٣/٥ ، كشاف القناع : ٨٣/٤ وما بعدها .

أرضين »[1] وفي لفظ « من غصب شبراً من الأرض » فإنه يدل على تحقق الغصب في العقار ؛ لأنه سماه غصباً .

وهذا الرأي هو الأرجح .

ب - زوائد المغصوب أو النماء السماوي : لا تضمن زوائد المغصوب إذا هلكت بلا تعدّ ، وإنما هي أمانة في يد الغاصب في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف[2] ، سواء أكانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة ، أم متصلة كالسمن والجمال ؛ لأن الغصب عندهما هو إثبات يد الغاصب على مال الغير على وجه يزيل يد المالك كما بينا ، ويد المالك لم تكن ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ، أي أن عنصر « إزالة يد المالك » لم يتحقق هنا ، كما لم يتحقق في غصب العقار .

فإن تعدّى الغاصب على الزيادة ، بأن أتلفها أو أكلها أو باعها ، أو طلبها مالكها فمنعها عنه ، ضمنها ؛ لأنه بالتعدي أو المنع صار غاصباً .

وقال المالكية في الأرجح عندهم[3] : إذا كانت الزيادة التي بفعل الله متصلة كالسمن والكبر فلا تكون مضمونة على الغاصب . وأما إذا كانت الزيادة منفصلة ولو نشأت من غير استعمال الغاصب كاللبن والصوف وثمر الشجر ، فهي مضمونة على الغاصب إن تلفت أو استهلكت ، ويجب ردها مع المغصوب الأصلي على صاحبها .

وقال محمد من الحنفية ، والشافعية والحنابلة[4] : تضمن زوائد المغصوب في يد الغاصب سواء أكانت متصلة كالسمن ونحوه ، أم منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان ،

---

(١) متفق عليه بين أحمد والشيخين من رواية عائشة رضي الله عنها .

(٢) البدائع : ١٤٣/٧ ، ١٦٠ ، الدر المختار : ١٤٣/٥ ، تكملة الفتح : ٣٨٨/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٤/٢ .

(٣) بداية المجتهد : ٣١٣/٢ ، الشرح الصغير للدردير : ٥٩٦/٣ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٤٨/٣ ، شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني : ٢٢٠/٢ .

(٤) البدائع : ١٤٥/٧ ، الدر المختار : ١٤٤/٥ - ١٤٥ ، تكملة الفتح : ٣٩٤/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٥/٢ .

متى تلف شيء منه في يد الغاصب ، لتحقق إثبات اليد العادِيَة (الضامنة) ، لأنه بإمساك الأصل تسبب في إثبات يده على هذه الزوائد ، وإثبات يده على الأصل محظور .

جـ ـ منافع المغصوب وغلته :

لا يضمن الغاصب عند الحنفية[1] منافع ما غصبه من ركوب الدابة ، وسكنى الدار ، سواء استوفاها أم عطلها ؛ لأن المنفعة ليست بمال عندهم ؛ ولأن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك ، فلم يتحقق فيها معنى الغصب ، لعدم إزالة يد المالك عنها .

وهذا فيما عدا ثلاثة مواضع يجب فيها أجر المثل ، في اختيار متأخري الحنفية ، وعليه الفتوى ، وهي أن يكون المغصوب وقفاً ، أو ليتيم ، أو معداً للاستغلال بأن بناه صاحبه أو اشتراه لذلك الغرض .

وإن نقص المغصوب أي ذاته باستعمال الغاصب غرم النقصان ، لاستهلاكه بعض أجزاء العين المغصوبة ، كما سنبين .

وأما غلة المغصوب كما سنبين : فلا تطيب في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب ؛ لأنه لا يحل له الانتفاع بملك الغير . وقال أبو يوسف وزفر : تطيب له .

وقال المالكية في المشهور[2] : يضمن الغاصب غلة مغصوب مستعمل ، أي أنه يضمن غلة المغصوب ذاته الذي استعمله الغاصب ، سواء أكان المغصوب عقاراً من دور أو أرض سكنها أو زرعها أو كراها ، أم منقولاً : حيواناً أو غيره ، كراه أو استعمله ، ولا يضمن ما نشأ من غير استعمال ، ولو عطّله على صاحبه .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) الشرح الكبير : ٤٤٨/٣ ، الشرح الصغير : ٥٩٥/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٣١٥/٢ شرح الرسالة : ٢٤٠/٢ .

هذا في حالة غصب الذات ، أما إن قصد الغاصب غصب المنفعة (وهي حالة التعدي عندهم كما بينا) ، فيلزمه كراء المثل .

والخلاصة : أن الغاصب يضمن فقط غلة ما استعمل ، والمتعدي يضمن غلة ماعطل كدار أغلقها ، وأرض بورها ، ودابة حبسها ، كما بينا سابقاً .

وقال الشافعية والحنابلة[1] : يضمن الغاصب منفعة المغصوب ، وعليه أجر المثل ، سواء استوفى المنافع ، أم تركها تذهب ، وسواء أكان المغصوب عقاراً كالدار ، أم منقولاً كالكتاب والدابة ونحوهما ؛ لأن المنفعة مال متقوم ، فوجب ضمانه كالعين المغصوبة ذاتها . وهذا الرأي هو المتفق مع العدالة ، ومع ظروف العصر الحاضر المتجه إلى المادية ، وتقويم كل الأشياء ، حتى النواحي الأدبية أو الذهنية .

د ـ غصب غير المتقوم :

قال الحنفية[2] : لا يضمن الغاصب خمر المسلم أو خنزيره إذا غصبه وهلك في يده أو استهلكه أو خلل الخمر ، سواء أكان الغاصب مسلماً أم ذمياً ؛ لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم ويجب إراقتها ، وكذا الخنزير غير متقوم ، لكن لو قام الغاصب بتخليل خمر المسلم ثم استهلكها يضمن خلاً مثلها لا خمراً ؛ لأن الغصب حين وجوده لم ينعقد سبباً لوجوب الضمان ، فإن استهلكه فقد وجد منه سبب الضمان ، وهو إتلاف خل مملوك للمغصوب منه ، فيضمن . وكذلك يضمن الغاصب جلد الميتة إذا دبغه ، ويجب عليه فقط مازاد الدباغ فيه ؛ لأنه بالدبغ صار مالاً متقوماً .

ويضمن المسلم أو الذمي خمر الذمي أو خنزيره إذا استهلكه ؛ لأن كلاً منهما مال

---

(١) مغني المحتاج : ٤٨٦/٢ ، المهذب : ٣٦٧/١ ، فتح العزيز : ٢٦٢/١١ ، المغني : ٢٧٠/٥ القواعد لابن رجب : ص ٢١٣ .

(٢) البدائع : ١٤٧/٧ وما بعدها ، ١٦٢ وما بعدها ، الدر المختار : ١٤٧/٥ ـ ١٤٩ ، تكملة فتح القدير : ٣٩٦/٧ ـ ٤٠٥ ، اللباب : ١٩٥/٢ ، تبيين الحقائق : ٢٢٢/٥ .

عند أهل الذمة ، فالخمر عندهم كالخل عندنا ، والخنزير عندهم كالشاة عندنا ؛ لأن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون[١] ، وبه يقرون على بيعها . لكن تجب على المسلم قيمة الخمر ، وإن كان من المثليات ؛ لأن المسلم ممنوع من تملكه ، وغير المسلم يجوز له تسليم المثل ؛ لأنه يجوز له تملك الخمر وتمليكها بالبيع وغيره .

أما الميتة والدم ولو لذمي فلا يضمنان بالغصب ؛ لأنها ليسا بمال ، ولا يدين أحد من أهل الأديان تمولها . كما لا يضمن متروك التسمية عمداً ولو كان مملوكاً لمن يبيحه ، وهم الشافعية .

وكذلك يضمن المسلم قيمة صليب غصبه من نصراني فهلك في يده ؛ لأنه مقر على ذلك .

وقال أبو حنيفة : ومن كسر لمسلم آلة من آلات اللهو والطرب كالطبل والمزمار والدف ونحوها ، فهو ضامن ؛ لأنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع لغير اللهو ، وإن استعملت فيما لا يحل ، كالمغنية إذا اعتدي عليها ، وتضمن قيمة هذه الآلات خشباً منحوتاً صالحاً لغير اللهو ، أي تضمن قيمتها قبل التصنيع .

أما الصاحبان فقالا : لا تضمن آلات الملاهي ؛ لأن هذه الأشياء أعدت للمعصية ، فبطل تقومها كالخمر ، ولأنه يجب شرعاً إتلافها ، وقد فعل المتلف ما أمر به الشرع ، فلا ضمان عليه ، كما إذا فعل أمراً بإذن الإمام .

وقال المالكية[٢] مثلما قال الحنفية : لا تضمن خمر المسلم أو خنزيره ، ولا آلات الملاهي والأصنام ، لقوله ﷺ : « إن الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر والميتة

---

(١) هذا مروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حيث قال : « انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا » . « وأمرنا بتركهم وما يدينون » (نصب الراية : ٣٦٩/٤ ، تكملة فتح القدير : ٣٩٨/٧) .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٢٠٤/٢ ، ٤٤٧/٣ ، الشرح الصغير : ٥٩٢/٣ وما بعدها .

والخنزير والأصنام »[1] ، ولأنه لاقيمة لها ، ومالا قيمة له لا يضمن .

لكن يضمن الغاصب خمر الذمي لتعديه عليه ، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها . وإذا تخللت الخمر ، وكانت لمسلم خير صاحبها بين أخذها خلاً ، أو مثل عصيرها إن علم قدرها ، وإلا فقيمتها . أما خمر غير المسلم فيخير صاحبها بين أخذ قيمتها يوم الغصب ، أو أخذ الخل ، على المفتى به عند المالكية .

وإن كان المغصوب جلد ميتة لم يدبغ أو دبغ ، أو كلباً مأذوناً في اتخاذه ، مثل كلب صيد أو ماشية أو حراسة ، فأتلفه الغاصب ، فإنه يغرم القيمة ، ولو لم يجز بيع الجلد أو الكلب .

وقال الشافعية والحنابلة[2] : لاتضمن الخمر والخنزير ، سواء أكان متلفها مسلماً أم ذمياً ، وسواء أكانت لمسلم أم لذمي ، إذ لاقيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة ، وماحرم الانتفاع به لم يضمن ببدل عنه ؛ لأن الرسول ﷺ حرم بيعها ، وأمر بإراقتها ، فما لايحل بيعه ولا تملكه ، لاضمان فيه .

كذلك لاضمان عندهم باتلاف الأصنام وآلات الملاهي ، إلا أن الشافعية أجازوا ضمانها خشباً منحوتاً فقط[3] كما قال أبو حنيفة ، إذا كانت صالحة لمنفعة مباحة ، فإن لم تصلح لذلك لم يلزم المتلف شيء ، لأنه لم يتلف ما له قيمة .

لكن إذا كانت خمر الذمي مازالت باقية عند الغاصب ، فيجب ردها عليه ؛ لأنه يقر على شربها . فإن غصبها من مسلم لم يلزم عند الحنابلة ردها ، ويجب إراقتها ؛ لأنه لايقر على اقتنائها ، ويحرم ردها إلى المسلم إذا لم يكن صانع خل (خلالاً) لأنه إعانة له على مايحرم عليه .

---

(١) اخرجه البخاري ومسلم من حديث جابر يوم الفتح .

(٢) مغني المحتاج : ٢/٢٨٥ ، ٢٩١ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ١١/٢٥٨ ، المغني : ٥/٢٥٦ ، ٢٧٦ . المهذب : ١/٣٧٤ ، كشاف القناع : ٤/٨٤ وما بعدها ، الميزان : ٢/٩٠ .

(٣) عبارة الشافعية في هذا : ان المتلف يلزمه الفرق مابين قيمة الآلة مفككة (مفصلة) ومكسورة .

وفصل الشافعية فقالوا : ترد الخمر المحترمة[1] المغصوبة من مسلم إليه ، ولا ترد الخمر غير المحترمة بل تراق .

ولو غصب غاصب عصيراً ، فتخمر ، ثم تخلل ، فالأصح عند الشافعية أن الخل للمالك ، وعلى الغاصب أرش ما نقص من قيمة العصير ، إن كان الخل أنقص قيمة من العصير ، لحصوله في يده . وقال الحنابلة : إنه يجب عليه مثل العصير .

ولو غصب جلد ميتة فدبغه ، فالأصح عند الشافعية أيضاً أن الجلد للمغصوب منه كالخمر التي تخللت ، فإذا تلفا في يده ضمنها . وقال الحنابلة : ان غصب جلد ميتة نجسة لم يلزم الغاصب رده ولو دبغه ؛ لأنه لا يطهر بدبغه عندهم ، ولا قيمة له ؛ لأنه لا يصح بيعه .

المطلب الثاني ـ أحكام الغصب :

للغصب أحكام ثلاثة : الإثم لمن علم أنه مال الغير ، ورد العين المغصوبة مادامت قائمة ، وضمانها إذا هلكت[2] .

الحكم الأول ـ الإثم : وهو استحقاق المؤاخذة في الآخرة ، إذا فعل الغصب عالماً أن المغصوب مال الغير ؛ لأن ذلك معصية ، وارتكاب المعصية عمداً موجب للمؤاخذة[3] ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من غصب شبراً من أرض ، طوقه الله تعالى من سبع أرضين يوم القيامة » .

---

(١) الخمر المحترمة : هي التي عصرت من غير قصد الخمرية ، سواء عصرت بقصد الخلية أو عصرت بغير قصد شيء .

(٢) الدر المختار : ١٢٦/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، المغني : ٢٥٩/٥ وما بعدها .

(٣) ان أخذ أموال الناس بالباطل له عشرة أنواع كلها حرام ، والحكم فيها مختلف : الأول ـ الحرابة ، والثاني ـ الغصب ، والثالث ـ السرقة ، والرابع ـ الاختلاس ، والخامس ـ الخيانة ، والسادس ـ الاذلال ، والسابع ـ الفجور في الخصام بانكار الحق أو دعوى الباطل ، والثامن ـ القمار ، كالشطرنج والنرد ، والتاسع ـ الرشوة ، فلا يحل أخذها ولا عطاؤها ، والعاشر ـ الغش والخلابة في البيوع (القوانين الفقهية : ص ٣٢٩) والحرام : لا يجوز قبوله ولا الاكل منه ولا السكنى فيه ، لكن يجوز أخذ العوض عن التالف عند الغاصب : لأن دفع العوض واجب مستقل .

ويؤدب بالضرب والسجن عند الحنفية والمالكية[1] غاصب مميز صغير أو كبير لحق الله تعالى، ولو عفا عنه المغصوب منه، باجتهاد الحاكم لدفع الفساد، وإصلاح حاله، وزجره هو وأمثاله. أما غير المميز من صغير ومجنون فلا يعزر. كذلك نص الشافعية[2] على أنه يعزر الغاصب لحق الله تعالى، واستيفاؤه للإمام.

فإن حدث الغصب لا عن علم بأن ظن أن الشيء ملكه، فلا إثم ولا مؤاخذة عليه؛ لأنه خطأ، والخطأ لا مؤاخذة عليه شرعاً لقوله تعالى: ﴿ ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[3].

ولكن في هذه الحالة يبقى الحكمان الأخيران وهما: رد العين مادامت قائمة، والغرم إذا صارت هالكة.

الحكم الثاني ـ رد العين المغصوبة مادامت قائمة: والكلام فيه في مواضع هي: سبب وجوب الرد، وشرط الرد ومكانه ومؤنته، وما يصير به المالك مستردا[4]:

اتفق الفقهاء على أنه يجب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً، ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه، فليردها عليه»[5] وترد إلى مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن.

ومؤنة الرد (نفقته) على الغاصب؛ لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد، وجب عليه ماهو من ضروراته كما في رد العارية.

---

(١) الشرح الكبير: ٤٤٢/٣؛ القوانين الفقهية: ص ٣٣٠.

(٢) مغني المحتاج: ٢٧٧/٤.

(٣) رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس بلفظ «ان الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ ...» الحديث.

(٤) البدائع: ١٤٨/٧، الدر المختار: ١٢٨/٥، تكملة الفتح: ٣٦٧/٧، الميزان: ٨٨/٢.

(٥) رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن السائب بن يزيد عن أبيه (نيل الاوطار: ٣١٦/٥).

ويصير المالك مسترداً للمغصوب : بإثبات يده عليه ، لأنه صار مغصوباً بتفويت يده عنه . فإذا أثبت يده عليه ، فقد أعاده إلى يده ، وزالت يد الغاصب عنه ، إلا أن يغصبه مرة أخرى .

ويبرأ الغاصب من الضمان بالرد ، سواء علم المالك بحدوث الرد أم لم يعلم ؛ لأن إثبات اليد على الشيء أمر حسي لا يختلف بالعلم أو الجهل بحدوثه .

الحكم الثالث ـ ضمان المغصوب إذا هلك : والكلام فيه يتناول عدة مواضع هي ما يأتي :

١ ـ كيفية الضمان :

إذا هلك المغصوب عند الغاصب ، وكان من المنقولات عند الحنفية[١] ، أو من العقارات أو المنقولات عند غير الحنفية[٢] ، بفعله أو بغير فعله ، فعليه ضمانه ، أي غرامته أو تعويضه . لكن إن كان الهلاك بتعد من غيره ، لا بآفة سماوية ، رجع الغاصب عليه بما ضمن ؛ لأنه يستقر عليه ضمان الشيء الذي كان يمكنه أن يتخلص منه برده إلى من كان في يده . وعبارتهم فيه : « الغاصب ضامن لما غصبه ، سواء تلف بأمر الله ، أو من مخلوق »[٣] .

وكيفية الضمان أو قاعدته : أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً ، وقيمته إذا كان قيمياً ، فإن تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة .

---

(١) المبسوط : ٥٠/١١ ، البدائع : ١٥٠/٧ ، ١٦٨ ، الدر المختار : ١٢٨/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٢٣/٥ ، ٢٣٤ ، تكملة الفتح : ٣٦٣/٧ ، اللباب والكتاب : ١٨٨/٤ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٤٤٣/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٣١٢/٢ ، مغني المحتاج : ٢٨١/٢ ، ٢٨٤ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٤٢/١١ بهامش المجموع ، المغني : ٢٢١/٥ ، ٢٥٤ ، ٢٥٨ ، كشاف القناع : ١١٦/٤ وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٣١ .

أما ضمان المثل فلقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم ﴾ ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ ولأن المثل تماماً أقرب إلى الأصل التالف ، فكان الإلزام به أعدل وأتم لجبران الضرر ، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر .

وأما ضمان القيمة فلأنه تعذر الوفاء بالمثل تماماً صورة ومعنى ، فيجب المثل المعنوي وهو القيمة ؛ لأنها تقوم مقامه ، ويحصل بها مثله ، واسمها ينبئ عنه .

والمال المثلي : هو مايوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به . أو هو ماتماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به .

والأموال المثلية أربعة : هي المكيلات والموزونات ، والعدديات المتقاربة ، وبعض أنواع الذرعيات .

والمكيلات : هي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير ، وكبعض السوائل التي تباع اليوم باللتر كالبترول والبنزين .

والموزونات : هي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر .

والذرعيات : هي التي تباع بالذراع ونحوه كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية .

والعدديات المتقاربة : هي التي لاتتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز . وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف والبلور ونحوها من الدفاتر والأقلام والمطبوعات .

والقيمي : هو ماليس له مثل في الأسواق ، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة . أو هو ماتفاوتت أفراده ، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالدور

والأراضي والأشجار والحيوان والمفروشات والمخطوطات ونحوها[1] .

وتجب القيمة في ثلاث حالات[2] :

١ ـ إذا كان الشيء غير مثلي كالحيوانات والدور والمصوغات ، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد .

٢ ـ إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه ، كالحنطة مع الشعير .

٣ ـ إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله ، والتعذر إما حقيقي حسي كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه ، وإن وجد في البيوت ، أو حكمي : كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل ، أو شرعي : بالنسبة للضامن كالخمر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي عند أئمة المذاهب كما بينا ضمان القيمة ، وإن كانت الخمر من المثليات ؛ لأنه يحرم على المسلم تملكها بالشراء .

وبه يتبين أن الواجب الأصلي في الضمان (أو التعويض أو الغرامة) : هو إزالة الضرر عيناً كإصلاح الحائط ، ورد عين المغصوب مادام قائماً ، ورد الخمر المغصوبة مادامت باقية بالنسبة للمسلم ، إذ له عند الحنفية إمساكها لتصير خلاً ، وجبر المتلف وإعادته صحيحاً كما كان ، عند الإمكان ، كإعادة المكسور صحيحاً . فإن تعذرت الإعادة وجب التعويض المثلي في المثليات ، والنقدي أو القيمة في القيميات .

٢ ـ وقت وجوب الضمان أو وقت تقدير التعويض :

للفقهاء آراء متقاربة في وقت الضمان أو تقدير قيمة التعويض ، فقال الحنفية

---

(١) الدر المختار وحاشيته : ١٣٠/٥ ، ١٧٣/٤ ، اللباب والكتاب : ١٨٨/٢ ، تكملة الفتح : ٢٦٣/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٢٣/٥ ، بداية المجتهد : ٣١٢/٢ ، شرح الرسالة : ٢١٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ ، مغني المحتاج : ٢٨١/٢ ، ٢٨٤ ، كشاف القناع : ١١٦/٤ وما بعدها ، المدخل لنظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي للاستاذ مصطفى الزرقا : ص ٥٠ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ١٢٩/٥ .

على المختار عندهم[1] والمالكية[2] : تقدر قيمة المغصوب يوم الغصب ؛ لأن الضمان يجب بالغصب ، فتقدر قيمة المغصوب يوم الغصب ، فلا يتغير التقدير بتغير الأسعار ؛ لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان ، لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة ، فتضمن الأولى يوم الاستيلاء عليها ، وتضمن الغلة من يوم استغلالها ، وأما المتعدي : وهو غاصب المنفعة فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها .

وقال الشافعية[3] : الأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل . وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف ، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف ، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار ، أم بتغير المغصوب في نفسه .

وأما المال القيمي : فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف .

وقال الحنابلة[4] : إن كان المغصوب من المثليات ، وفقد المثل ، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل ؛ لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل ، فقُدِّرَت القيمة حينئذ كتلف المتقوم .

وإن كان المغصوب من القيميات وتلف ، فالواجب القيمة أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين الرد ، إذا كان التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر ، وسمن

---

(١) هذا هو رأي أبي يوسف وهو الذي أخذت به المجلة م/٩٢١ ، وقال أبو حنيفة : تجب القيمة وقت الخصومة أي المحاكمة ، وقال محمد : تجب القيمة يوم انقطاع المثل من الاسواق .

(٢) البدائع : ١٥١/٧ ، الدر المختار : ١٢٨/٥ ، تكلة الفتح : ٣٦٣/٧ ، المبسوط : ٥٠/١١ ، تبيين الحقائق : ٢٢٣/٥ ، اللباب مع الكتاب : ١٨٨/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٤٣/٣ ، ٤٤٨ ، بداية المجتهد : ٣١٢/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٠ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٨٣/٢ ، المهذب : ٣٦٨/١ بجيرمي الخطيب : ١٣٦/٣ ، نهاية المحتاج : ١١٩/٤ ـ ١٢١ .

(٤) المغني : ٢٥٧/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١١٧/٤ .

وهزال ، ونحوها من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص ؛ لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها ، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب .

وإن كانت زيادة القيمة لتغير الأسعار ، لم تضمن الزيادة ؛ لأن نقصان القيمة لهذا السبب لا يضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها ، فلا يضمن عند تلفها .

٣ ـ مايخرج به الغاصب عن عهدة الضمان :

يخرج الغاصب عن عهدة الضمان بأمرين[1] :

أحدهما ـ أداء الضمان إلى المالك أو من يقوم مقامه ؛ لأنه المطلوب أصالة .

والثاني ـ الإبراء عن الضمان ، إما صراحة مثل : أبرأتك عن الضمان أو أسقطته عنك أو وهبته منك ونحوه ، أو يجري مجرى الصريح : وهو أن يختار المالك تضمين أحد الغاصبين ، فيبرأ الآخر ؛ لأن اختيار تضمين أحدهما إبراء للآخر ضمناً (دلالة) .

وهل يملك الغاصب الشيء المضمون بالضمان ؟

قال الحنفية[2] : يملك الغاصب الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت وجود الغصب ، حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك المالك . وينتج عن التملك أن الغاصب لو تصرف في المغصوب بالبيع أو الهبة أو الصدقة قبل أداء الضمان ، ينفذ تصرفه ، كما تنفذ تصرفات المشتري في المشترى شراء فاسداً ، وكما لو غصب شخص عيناً فغيبها (أخفاها) فضمنه المالك قيمتها ، ملكها الغاصب ؛ لأن المالك ملك البدل كله ، والمبدل قابل للنقل ، فيملكه الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد .

---

(١) البدائع : ١٥١/٧ .

(٢) المبسوط : ١٥/١٦ ، البدائع : ١٥٢/٧ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٣/٢ .

ولكن في رأي أبي حنيفة ومحمد[1] : لايحل للغاصب الانتفاع بالمغصوب بأن يأكله بنفسه أو يطعمه غيره قبل أداء الضمان . وإذا حصل فيه فضل (أي نماء وزيادة) يتصدق بالفضل استحساناً ، وعليه ، إن غلة المغصوب المستفادة من إركاب سيارة مثلاً لاتطيب له ؛ لأن النبي ﷺ لم يبح الانتفاع بالمغصوب قبل إرضاء المالك ، روى أبو حنيفة بسنده عن أبي موسى رضي الله عنه «أن النبي ﷺ كان في ضيافة قوم من الأنصار ، فقدموا إليه شاة مصلية (مشوية) ، فأخذ منها لقمة ، فجعل يمضغها ولا يسيغها ، فقال عليه الصلاة والسلام : إن هذه الشاة لتخبرني أنها ذبحت بغير حق ، قالوا : هذه الشاة لجار لنا ، ذبحناها لنرضيه بثمنها ، فقال ﷺ : أطعموها الأسارى[2] » فقد حرم عليهم الانتفاع بها ، مع حاجتهم ، ولو كانت حلالاً لأطلق لهم إباحة الانتفاع بها .

وقال المالكية[3] : يمنع الغاصب من التصرف في المغصوب برهن أو كفالة خشية ضياع حق المالك ، ولا يجوز لمن وهب له منه شيء قبوله ولا الأكل منه مثلاً ولا السكنى فيه مثل أي شيء حرام ، لكن لو تلف المغصوب عند الغاصب أو استهلكه (أي فات عنده بتعبيرهم) ، فالأرجح عندهم أنه يجوز للغاصب الانتفاع به ؛ لأنه وجبت عليه قيمته في ذمته ، فقد أفتى بعض المحققين بجواز الشراء من لحم الأغنام المغصوبة إذا باعها الغاصب للجزارين ، فذبحوها ؛ لأنه بذبحها ترتبت القيمة في ذمة الغاصب ، إلا أنهم قالوا : ومن اتقاه فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومعناه أن الغاصب يتملك بالضمان الشيء المغصوب من يوم التلف .

---

(١) وقال أبو يوسف وزفر : يحل له الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفعل ان كان فيه فضل ، لان المغصوب مملوك للغاصب من وقت الغصب : « المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا الى وقت الغصب » أي بأثر رجعي ، وعلى هذا فإن غلة المغصوب تطيب للغاصب .

(٢) رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وأبو داود وأحمد في مسنده والدارقطني في سننه من حديث عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار (نصب الراية : ١٦٨/٤) .

(٣) الشرح الكبير : ٤٤٥/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٥٨٦/٣ .

وقال الشافعية والحنابلة[1] : لايملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة ؛ لأنه لايصح أن يتملكه بالبيع لغيره لعدم القدرة على التسليم ، فلا يصح أن يتملكه بالتضمين ، كالشيء التالف لايملكه بالإتلاف .

وبناء عليه تحرم عندهم تصرفات الغاصب بعقد أو غيره ، ولاتصح[2] ، لحديث : « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد »[3] أي مردود ، فلا يجوز له بيعه أو إجارته ، كما لايجوز له إتلافه واستعماله كأكل ولبس وركوب وحمل عليه وسكنى العقار ، لحديث « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم » .

٤ ـ تغير العين المغصوبة عند الغاصب :

قال الحنفية : قد يتغير المغصوب عند الغاصب بنفسه أو بفعل الغاصب ، وهذا الأخير قد يكون تغيراً في الوصف أو تغيراً في الاسم والذات[4] . وكل حالات التغير يكون المغصوب فيها موجوداً .

آ ـ فإذا تغير المغصوب بنفسه كما لو كان عنباً فأصبح زبيباً ، أو رطباً فأصبح تمراً ، فيتخير المالك بين استرداد عين المغصوب ، وبين تضمين الغاصب قيمته .

ب ـ وأما تغير وصف المغصوب بفعل الغاصب من طريق الإضافة أو الزيادة ،

---

(١) المهذب : ٣٦٨/١ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، ٢٧٩ ، كشاف القناع : ١٢٠/٤ ، ١٢٣ وما بعدها ، المغني : ٢٥١/٥ ـ ٢٥٣ .

(٢) وكذلك قال الحنابلة خلافا للجمهور : يحرم الحج ولا يصح من المال المغصوب وسائر العبادات كالصلاة بثوب مغصوب ، أو في مكان مغصوب ، والوضوء من ماء مغصوب ، واخراج زكاته بخلاف عبادة لا يحتاج فيها الى المغصوب كالصوم والذكر والاعتقاد (كشاف القناع : ١٢٢/٤ وما بعدها ، وراجع للمؤلف الوسيط في أصول الفقه : ص ٧٤ وما بعدها ، طبعة ثانية) .

(٣) رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها .

(٤) تكملة فتح القدير : ٣٧٥/٧ ، ٣٨٤ ، اللباب مع الكتاب : ١٩١/٢ ، ١٩٣ ، تبيين الحقائق : ٢٢٦/٥ ، ٢٢٩ ، الدر المختار : ١٣٤/٥ ـ ١٣٨ ، البدائع : ١٦٠/٧ وما بعدها .

كما لو صبغ الثوب ، أو خلط الدقيق (السويق) بسمن ، أو اختلط المغصوب بملك الغاصب بحيث يمتنع تمييزه كخلط البر بالبر أو يمكن بحرج كخلط البر بالشعير، فيوجب إعطاء الخيار للمالك : إن شاء ضمّن الغاصب قيمة المغصوب قبل تغييره ، وإن شاء أخذه وأعطى الغاصب قيمة الزيادة مثل مازاد الصبغ في الثوب ؛ لأن في التخيير رعاية للجانبين .

وهذا مذهب المالكية أيضاً[1] .

وقال الشافعية[2] : إن أمكن فصل الزيادة من الصباغة أو السمن ، أجبر الغاصب عليه في الأصح ، وإن لم يمكن : فإن لم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب فيه ، وإن نقصت قيمته لزم الغاصب أرش النقص ؛ لأن النقص حصل بفعله ، وإن زادت قيمة المغصوب اشترك الغاصب والمالك فيه أثلاثاً : ثلثاه للمغصوب منه ، وثلثه للغاصب . فإن حدث في ملك أحدهما نقص لانخفاض سعره أو زيادة لارتفاع سعره عمل به .

وقال الحنابلة[3] كالشافعية إجمالاً : إلا أنهم قالوا : لا يجبر الغاصب على قلع الصبغ من الثوب ؛ لأن فيه إتلافاً لملكه وهو الصبغ . وإن حدث نقص ضمن الغاصب النقص ؛ لأنه حصل بتعديه ، فضمنه ، وإن حصلت زيادة ، فالمالك والغاصب شريكان بقدر ملكيهما ، فيباع الشيء ، ويوزع الثمن على قدر القيمتين . وبه يظهر أن الفقهاء متفقون على ضمان النقص ، وعلى حق الغاصب في الزيادة .

جـ - وأما تغير ذات المغصوب واسمه بفعل الغاصب بحيث زال أكثر منافعه المقصودة : كما لو غصب شاة فذبحها وشواها ، أو طبخها ، أو غصب حنطة فطحنها

---

(١) الشرح الكبير : ٤٥٤/٣ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٩١/٢ وما بعدها .

(٣) كشاف القناع : ٨٦/٤ ، ١٠٣ وما بعدها ، المغني : ٢٦٦/٥ وما بعدها .

دقيقاً ، أو حديداً فاتخذه سيفاً ، أو نحاساً فاتخذه آنية ، فإنه يزول ملك المغصوب منه عن المغصوب ، ويملكه الغاصب ، ويضمن بدله : المثل في المثلي ، والقيمة في القيمي . ولكن لايحل له الانتفاع به حتى يؤدي بدله استحساناً ؛ لأن في إباحة الانتفاع قبل أداء البدل فتح باب الغصب ، فيحرم الانتفاع قبل إرضاء المالك بأداء البدل أو إبرائه ، حسماً لمادة الفساد .

وكذلك قال المالكية كما بينا في فرع (٣) السابق .

وقال الشافعية والحنابلة[١] : لاينقطع حق المالك في ملكه ، وله أن يأخذه ، وأرش نقصه إن نقص ، ولاشيء للغاصب في زيادته في الصحيح من مذهب الحنابلة .

وقال أبو حنيفة[٢] مثل الشافعية والحنابلة فيمن غصب فضة أو ذهباً ، فصكها (ضربها) دراهم أو دنانير ، أو صنعها آنية ، لايزول ملك مالكها عنها ، ولاشيء للغاصب ؛ لأن العين باقية من كل وجه ، فاسمها باق ، وأحكامها الأربعة المتعلقة بالذهب والفضة باقية ، وهي (الثمنية ، وكونها موزونة ، وجريان الربا فيها ، ووجوب الزكاة عليها) فلم ينقطع حق المالك بها .

وظل الصاحبان في ذلك على أصلهما السابق[٣] : وهو أنه يملكها الغاصب ، وعليه مثلها ؛ لأنه أحدث فيها صنعة معتبرة ، صيَّر بها حق المالك في حكم الهالك (التالف) ، وتغاير الأصل مع الحادث المصنوع في الاسم والمعنى ، فكان قبل الصنع يسمى تبراً ، وبعده سمي دراهم ودنانير أو آنية .

---

(١) المهذب : ٣٦٩/١ ، المغني : ٢٤٣/٥ .

(٢) تكملة الفتح مع العناية : ٣٧٩/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١٩٢/٢ .

(٣) واطلاق نص المجلة (م ٨٩٩) يتمشى مع عموم مذهب الصاحبين .

٥ـ نقصان المغصوب :

نقص المغصوب في يد الغاصب قد يكون معنوياً أو حسياً مادياً ، وهو يشمل صوراً أربعة هي ما يأتي[1] :

آ ـ أن يحدث النقص بسبب هبوط الأسعار في الأسواق : وهذا لا يكون مضموناً إذا رد العين في مكان الغصب ؛ لأن نقصان السعر ليس نقصاً مادياً في المغصوب بفوات جزء من العين ، وإنما يحدث بسبب فتور الرغبات التي تتأثر بإرادة الله تعالى ، ولا صنع للعبد فيها .

ب ـ أن يكون النقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه ، كضعف الحيوان ، وزوال سمعه أو بصره ، أو طروء الشلل أو العرج أو العور أو سقوط عضو من الأعضاء ، فيجب على الغاصب ضمان النقص في غير مال الربا ، ويأخذ المالك العين المغصوبة ، لبقاء العين على حالها .

فإن كان المغصوب من أموال الربا كتعفن الحنطة ، وكسر إناء الفضة ، فليس للمالك إلا أخذ المغصوب بذاته ، ولا شيء له غيره بسبب النقصان ؛ لأن الربويات لا يمكنهم فيها ضمان النقصان ، مع استرداد الأصل ؛ لأنه يؤدي إلى الربا .

جـ ـ أن يكون النقص بسبب فوات معنى مرغوب فيه في العين ، مثل الشيخوخة بعد الشباب ، والهرب ، ونسيان الحرفة ، فيجب ضمان النقص في كل الأحوال .

د ـ أن يكون النقص بفوات (زوال) جزء من العين المغصوبة ، كخرق الثوب ، فيجب الضمان في جميع الأحوال .

---

(١) البدائع : ١٥٥/٧ ، تكملة الفتح : ٣٨٢/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٢٨/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٠/٢ ، رد المحتار : ١٣٢/٥ .

لكن إن كان النقص يسيراً كالخرق اليسير في الثوب ، فليس للمالك سوى تضمين الغاصب مقدار النقصان لبقاء العين بذاتها .

وإن كان النقص فاحشاً كالخرق الكبير في الثوب بحيث يبطل عامة منافعه ، فالمالك بالخيار بين أخذه وتضمينه النقصان ، لتعيبه ، وبين تركه للغاصب وأخذ جميع قيمته ؛ لأنه أصبح مستهلكاً له من وجه . والصحيح في ضابط الفرق بين اليسير والفاحش هو ما يأتي[1] :

اليسير : مالا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه نقصان في المنفعة .

والفاحش : هو ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة .

وقدرت المجلة (م ٩٠٠) : اليسير بما لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب . والفاحش : بما ساوى ربع قيمة المغصوب أو أزيد .

وإذا وجب ضمان النقصان قوّمت العين صحيحة يوم غصبها ، ثم تقوّم ناقصة ، فيغرم الغاصب الفرق بينهما .

وإذا كان العقار مغصوباً ، فإنه وإن لم تضمن عينه بهلاكه بآفة سماوية عند الحنفية ، فإن النقص الطارئ عليه بفعل الغاصب أو بسكناه أو بسبب زراعة الأرض مضمون ، كما أشرنا سابقاً ؛ لأنه إتلاف وتعد منه[2] .

وقال غير الحنفية[3] : لا يضمن نقص المغصوب ولا زيادته بسبب هبوط الأسعار ، أي كما قال الحنفية ؛ لأن النقص كان بسبب فتور رغبات الناس ، وهي

---

(١) رد المحتار : ١٣٦/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٢٩/٥ ، تكملة فتح القدير : ٣٨٣/٧ .

(٢) تكملة فتح القدير : ٣٦٩/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٢٩/٥ ، م ٩٠٥ من المجلة .

(٣) بداية المجتهد : ٣١٢/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير مع الدسوقي : ٤٥٢/٣ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٣١ ، مغني المحتاج : ٢٨٦/٢ ، ٢٨٨ ، المهذب : ٣٦٩/١ ، كشاف القناع : ٩٩/٤ وما بعدها ، المغني : ٢٢٨/٥ ، ٢٣٢ ، ٢٤١ .

لا تقابل بشيء ، والمغصوب لم تنقص عينه ولا صفته[1] ، لكن الشافعية وأبو ثور قالوا : إذا نقصت القيمة بسبب تغير الأسعار ، يلزم الغاصب بضمان النقصان .

وأما النقص الحاصل في ذات المغصوب أو في صفته ، فيكون مضموناً ، سواء حصل النقص بآفة سماوية أو بفعل الغاصب .

إلا أن المالكية قالوا في المشهور عندهم : إذا كان النقص بأمر من السماء ، فليس للمغصوب منه إلا أن يأخذ المغصوب ناقصاً كما هو ، أو يُضمن الغاصب قيمة المغصوب كله يوم الغصب ، ولا يأخذ قيمة النقص وحدها . وإن كان النقص بجناية الغاصب ، فالمالك مخير في المذهب بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ، أو يأخذه ، مع ما نقصته الجناية (أي يأخذ قيمة النقص) يوم الجناية عند ابن القاسم ، ويوم الغصب عند سحنون . ولم يفرق أشهب بين نقص السماء وجناية الغاصب .

٦ ـ زيادة المغصوب :

عرفنا أن زيادة المغصوب المتصلة أو المنفصلة لا تضمن عند شيخي الحنفية (أبي حنيفة وأبي يوسف) لعدم إزالة يد المالك عنها .

وتضمن الزوائد مطلقاً عند محمد والشافعية والحنابلة لتولدها من عين مملوكة ، وتضمن الزوائد المنفصلة فقط دون المتصلة عند المالكية . ومما يتصل بزيادة المغصوب ما يأتي وهو :

البناء على الأرض المغصوبة أو زرعها أو غرسها :

اتفق أئمة المذاهب الأربعة ـ من حيث المبدأ ـ على أن الغاصب يلزم برد

---

(١) لا اعتبار بتغير السعر في السوق في غصب الذوات . أما التعدي : وهو غصب المنفعة عند المالكية فيتأثر بذلك فللمالك إلزام الغاصب قيمة الشيء إن تغير سوقها ، عما كان يوم التعدي ، وله أن يأخذ عين شيئه ، ولا شيء له على المتعدي .

المغصوب إلى صاحبه ، وإزالة ما أحدثه فيه من بناء أو زرع أو غرس ، لقوله ﷺ «ليس لعرق ظالم حق»[1] .

وتفصيل آراء المذاهب ما يأتي :

١ ـ قال الحنفية[2] : من غصب ساجة (خشبة عظيمة تستعمل في أبواب الدور وبنائها) فبنى عليها أو حولها ، وكانت قيمة البناء أكثر من قيمتها ، زال ملك مالكها عنها ، ولزم الغاصب قيمتها ، لصيرورتها شيئاً آخر ، وفي القلع ضرر ظاهر لصاحب البناء (الغاصب) من غير فائدة تعود للمالك ، وضرر المالك ينجبر بالضمان ، ولا ضرر في الإسلام . أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء ، فلم يزل ملك مالكها ، لأنه يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين ، كما هو القاعدة .

وعقب القاضي زاده في تكملة الفتح على هذه التفرقة ، فقال : لا فرق في المعنى بين أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس ؛ لأن ضرر المالك مجبور بالقيمة ، وضرر الغاصب ضرر محض ، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض ، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى . وهذه مسألة الساجة يعمل فيها بقاعدة «الضرر الأشد يزال بالأخف»[3] .

وأما مسألة الساحة فهي : لو غصب غاصب أرضاً ، فغرس فيها ، أو بنى فيها ،

---

(١) رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير بلفظ : «من أحيا أرضاً فهي له ، وليس لعرق ظالم حق» (نيل الأوطار : ٣١٩/٥) .

(٢) تكملة فتح القدير : ٣٧٩/٧ ، ٣٨٣ ، الدر المختار : ١٣٥/٥ ـ ١٣٧ ، تبيين الحقائق : ٢٢٨/٥ وما بعدها ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٢/٢ .

(٣) وطبقوا هذه القاعدة أيضاً على فروع كثيرة منها : لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة أو أدخل البقر رأسه في قدر ، أو أودع فصيلاً (ولد الناقة إذا فصل عن أمه) فكبر في بيت الوديع ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار ، أو سقط دينار في محبرة ولم يمكن إخراجه إلا بكسرها ونحو ذلك ، يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل . ولو ابتلع إنسان لؤلوة فمات ، لا يشق بطنه لأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة المال ، وتكون قيمتها في تركته ، وهو مذهب الحنابلة أيضاً ، أي في اللؤلؤة . وجوزه الشافعي قياساً على الشق لإخراج الولد (الدر المختار : ١٣٥/٥) .

وكانت قيمة الأرض (الساحة) أكثر، أجبر الغاصب على قلع الغرس ، وهدم البناء ، ورد الأرض فارغة إلى صاحبها كما كانت ؛ لأن الأرض لا تغصب حقيقة عندهم ، فيبقى فيها حق المالك كما كان ، والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها ، إذ ليس لعرق ظالم حق . فإن كانت قيمة البناء أكثر، فللغاصب أن يضمن للمالك قيمة الأرض ويأخذها .

وإذا كانت الأرض تنقص بقلع الغرس منها أو هدم البناء ، فللمالك أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعاً (أنقاضاً) رعاية لمصلحة الطرفين ودفعاً للضرر، عنهما ، فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء ، وتقوم وبها شجر وبناء مستحق القلع والهدم ، فيضمن الفرق بينهما .

وإذا زرع الغاصب الأرض ، فإن كانت الأرض ملكاً : فإن أعدها صاحبَها للزراعة ، فيكون الأمر مزارعة بين المالك والغاصب ، ويحتكم إلى العرف في حصة كل منهما ، النصف أو الربع مثلاً ، وإن كانت معدة للإيجار فالناتج للزارع ، وعليه أجر مثل الأرض . وإن لم يكن شيء مما ذكر فعلى الغاصب نقصان ما نقص الزرع ، وأما إذا كانت الأرض وقفاً أو مال يتيم ، اعتبر العرف إذا كان أنفع ، وإن لم يكن العرف أنفع وجب أجر المثل لقولهم : يفتى بما هو أنفع للوقف .

٢ ـ وقال المالكية[(١)] :

أ ـ البناء : من غصب أرضاً أو عموداً أو خشباً ، فبنى فيها أو بها ، فيخير المالك بين المطالبة بهدم البناء على المغصوب ، وبين إبقائه على أن يعطي الغاصب قيمة الأنقاض ، بعد طرح أجرة القلع أو الهدم ، ولا يعطيه قيمة التجصيص والتزويق وشبههما مما لا قيمة له ، أي أنهم يرجحون مصلحة المالك ؛ لأنه صاحب الحق .

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٣٣١ ، الشرح الكبير : ٤٤٨/٣ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ .

ومن غصب سارية أو خشبة فبنى عليها ، فلصاحبها أخذها ، وإن هدم البنيان وهو قول الشافعية .

ب ـ الغرس :

ومن غصب أرضاً ، فغرس فيها أشجاراً لا يؤمر بقلعها ، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجرة القلع كالبنيان . فإن غصب أشجاراً ، فغرسها في أرضه أمر يقلعها .

جـ ـ الزرع :

وإن زرع في الأرض المغصوبة زرعاً : فإن أخذها صاحبها في إبان الزراعة ، فهو مخيّر بين أن يقلع الزرع أو يتركه للزارع ويأخذ الكراء . وإن أخذها بعد إبان الزراعة ، فقيل : هو مخيّر كما ذكر ، وقيل : ليس له قلعه وله الكراء ، والزرع لزارعه .

٣ ـ وقال الشافعية[1] : يكلف الغاصب بهدم البناء وقلع الغراس على الأرض المغصوبة ، وأرش النقص إن حدث ، وإعادة الأرض كما كانت ، وأجرة المثل في مدة الغصب إن كان لمثلها أجرة إذ ليس لعرق ظالم حق ، ولو أراد المالك تملكها بالقيمة ، أو إبقاءها بأجرة ، لم يلزم الغاصب إجابته في الأصح ، لإمكان القلع بلا أرش ، ولو بذر الغاصب بذراً في الأرض ، فللمالك تكليفه إخراج البذر منها وأرش النقص ، وإن رضي المالك ببقاء البذر في الأرض لم يكن للغاصب إخراجه . كما لا يجوز للغاصب قلع تزويق الدار المغصوبة إن رضي المالك ببقائه ، والخلاصة : أن للمالك الحق في إزالة آثار الغصب بلا ضرر عليه .

٤ ـ وقال الحنابلة[2] : مثل الشافعية تماماً في البناء والغرس على الأرض المغصوبة

---

(١) مغني المحتاج : ٢٨٩/٢ ، ٢٩١ ، الميزان : ٨٩/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٧١/١ .

(٢) المغني : ٢٢٣/٥ ـ ٢٢٥ ، ٢٣٤ ، ٢٤٥ ، كشاف القناع : ٨٧/٤ ـ ٩٤ .

عملاً بحديث « ليس لعرق ظالم حق » . أما في حالة زرع الأرض فقالوا : يخير المالك بين إبقاء الزرع إلى الحصاد ، وأخذ أجر الأرض وأرش النقص من الغاصب وبين أخذ الزرع له ودفع النفقة للغاصب عملاً بحديث « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء ، وعليه نفقته »[1] وفي حديث آخر : « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته »[2] أي للغاصب . وهذا أعدل الآراء وأكثرها قابلية للتطبيق .

٧ ـ ضمان غلة المغصوب ومنافعه :

بينا سابقاً في بحث منافع المغصوب وغلته : أن غلة المغصوب كالأجرة المستفادة من إيجار الأعيان المغصوبة لا تطيب في رأي أبي حنيفة ومحمد للغاصب ، لأن الربح حصل بسبب خبيث : وهو التصرف في ملك الغير ، وسبيله التصدق به .

وقال أبو يوسف وزفر : يطيب الربح للغاصب إذا دفع ضمانه ، لأن المغصوب صار مملوكاً له بالضمان عملاً بالقاعدة المقررة عند الحنفية : « المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب » .

وأما منافع المغصوب من سكنى العقار وركوب السيارة أو الدابة ، ولبس الثوب ، واستعمال الشيء وزراعة الأرض ، فلا تضمن كما بينا عند الحنفية ، إلا في ثلاث :

أن يكون المغصوب وقفاً ، أو مال يتيم ، أو مالاً معداً للاستغلال أي الاستثمار لأن المنفعة ليست بمال متقوم عندهم ، ولا تتقوم إلا بورود عقد الإجارة عليها ، ولأن

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن رافع بن خديج ، وقال البخاري : هو حديث حسن (نيل الأوطار : ٥/٣١٩ وما بعدها) .

(٢) هذا حديث أخرجه أحمد وأبو داود والطبراني وغيرهم « أن النبي ﷺ رأى زرعاً في أرض ظهير ، فأعجبه ، فقال : ماأحسن زرع ظهير ! قالوا : انه ليس لظهير ، ولكنه لفلان ، قال : فخذوا زرعكم ، وردوا عليه نفقته » (نيل الأوطار : ٥/٣٢٠) .

المغصوب لو هلك يضمنه الغاصب عملاً بحديث «الخراج بالضمان»[1] أي الغنم بالغرم. وحينئذ ليس للقاضي إلا الحكم برد المغصوب لصاحبه مادام قائماً، ورد مثله أو قيمته إذا هلك.

وقال غير الحنفية كما بينا: تضمن منافع المغصوب؛ لأن المنافع أموال متقومة كالأعيان ولأن «الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها» كما قال العز بن عبد السلام[2].

إلا أن المالكية قالوا: تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط. ولا تضمن حالة الترك، أي تضمن بالتفويت دون الفوات. وهذا إذا غصب ذات الشيء. أما إذا غصب المنفعة فقط كأن يغلق الدار ويحبس الدابة ونحوهما، فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها.

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغصب أو التعدي، سواء استوفى الغاصب المنافع، أم تركها حتى ذهبت، أي تضمن بالتفويت أو بالفوات في يد عادية أي ضامنة معتدية[3].

٨ـ اختلاف الغاصب والمغصوب منه:

هناك مظاهر كثيرة لاختلاف الغاصب والمالك المغصوب منه، لها أثر في تحمل تبعة الضمان، فإن صدقنا كلام الغاصب برئ من الضمان، وإن صدقنا كلام المالك تحمل الغاصب الضمان. وللفقهاء كلام مطول في هذا الشأن نلخصه فيما يأتي:

---

(١) رواه الشافعي وأحمد وأصحاب السنن وصححه الترمذي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان والحاكم وابن القطان، وضعفه البخاري، والخراج: هو الغلة والكراء (سبل السلام: ٣٠/٣).

(٢) قواعد الأحكام: ١٥٢/١ وما بعدها.

(٣) المقصود بالتفويت: استيفاء المنفعة كمطالعة الكتاب وركوب الدابة وشم المسك ولبس الثوب. والمقصود بالفوات في يد عادية: هو ترك المنافع تضيع سدى بدون استيفاء كإغلاق الدار دون اسكان أحد فيها (مغني المحتاج: ٢٨٦/٢).

أ ـ قال الحنفية[1] : إذا قال الغاصب : هلك المغصوب في يدي (أي قضاء وقدراً) ولم يصدقه المغصوب منه ، ولا بينة للغاصب ، فالقاضي يحبس الغاصب مدة يظهر فيها عادة لو كان قائماً ، ثم يقضي عليه بالضمان ؛ لأن الحكم الأصلي للغصب هو ـ كما بينا ـ وجوب رد عين المغصوب ؛ وأما القيمة فهي بدل (أو خلف) عنه ، وإذا لم يثبت العجز عن الأصل ، لا يُقضى بالقيمة التي هي خلَف .

ولو اختلف الغاصب والمالك في أصل الغصب ، أو في جنس المغصوب ونوعه ، أو قدره ، أو صفته ، أو قيمته وقت الغصب ، فالقول قول الغاصب بيمينه في ذلك كله ؛ لأن المالك يدعي عليه الضمان ، وهو ينكر ، فكان القول قوله ؛ لأن اليمين في الشرع على من أنكر .

ولو ادعى الغاصب رد المغصوب إلى المالك ، أو ادعى أن المالك هو الذي أحدث العيب في المغصوب ، فلا يصدق الغاصب إلا ببينة ؛ لأن البينة في الشرع على المدعي .

ولو تعارضت البينتان ، فأقام المالك البينة على أن الدابة أو السيارة مثلاً تلفت عند الغاصب من ركوبه ، وأقام الغاصب البينة على أنه ردها إلى المالك ، فتقبل بينة المالك ، وعلى الغاصب قيمة المغصوب ؛ لأن بينة الغاصب لا تَدْفع بينة المغصوب منه ؛ لأنها قامت على رد المغصوب ، ومن الجائز أنه ردها ، ثم غصبها ثانياً وركبها ، فتلفت في يده .

ب ـ والمالكية[2] قالوا مثل الحنفية : ان اختلف الغاصب والمغصوب منه في دعوى تلف المغصوب ، أو في جنسه ، أو صفته ، أو قدره ، ولم يكن لأحدهما بينة ، فالقول قول الغاصب مع يمينه .

---

(١) البدائع : ١٦٣/٧ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٣٨٧/٧ ، اللباب مع الكتاب : ١٩٤/٢ .

(٢) الشرح الكبير : ٤٥٦/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣١ .

جـ ـ وقال الشافعية والحنابلة[1] : إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في قيمة المغصوب ، بأن قال الغاصب : قيمته عشرة ، وقال المالك : اثنا عشر ، صدق الغاصب بيمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة ، وعلى المالك البينة .

وإن اختلفا في تلف المغصوب ، فقال المغصوب منه : هو باق ، وقال الغاصب : تلف ، فالقول قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف .

وكذلك لو اختلفا في قدر المغصوب أو في صناعة فيه ، ولا بينة لأحدهما ، فالقول قول الغاصب بيمينه ؛ لأنه منكر لما يدعيه المالك عليه من الزيادة .

وإن اختلفا في رد المغصوب ، فقال الغاصب : رددته ، وأنكره المالك ، فالقول للمالك لأن الأصل معه وهو عدم الرد ، وكذا لو اختلفا في عيب في المغصوب بعد تلفه ، بأن قال الغاصب : كان مريضاً أو أعمى مثلاً ، وأنكره المالك ، فالقول للمالك بيمينه ؛ لأن الأصل السلامة من العيوب ، وهذا موافق لرأي الحنفية .

وهكذا يلاحظ أن المذاهب الأربعة متفقة في دعاوى اختلاف الغاصب والمالك .

٩ ـ غاصب الغاصب ومن في حكمه :

لو غصب شخص من آخر شيئاً ، فجاء آخر وغصبه منه ، فهلك في يده ، فالمالك باتفاق المذاهب الأربعة[2] بالخيار : إن شاء ضمن الغاصب الأول ، لوجود فعل الغصب منه : وهو إزالة يد المالك عنه ، وإن شاء ضمن الغاصب الثاني ، أو المتلف ، سواء علم بالغصب أم لم يعلم ؛ لأن الغاصب الثاني أزال يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك

---

(١) مغني المحتاج : ٢٨٧/٢ ، المهذب : ٣٧٦/١ ، المغني : ٢٧٢/٥ ، كشاف القناع : ١٢٥/٤ .

(٢) البدائع : ١٤٤/٧ ، ١٤٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٩٦/٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٢٦/٥ وما بعدها ، ١٣٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤٥٧/٣ ، مغني المحتاج : ٢٧٩/٢ ، فتح العزيز شرح الوجيز : ٢٥٢/١١ ، المغني : ٢٥٢/٥ ، م/٩١٠ من المجلة .

في أنه يحفظ ماله ، ويتمكن من رده عليه (أي على المالك) ، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه ، والجهل غير مسقط للضمان ، ولأن المتلف أتلف الشيء . وهذا بمقتضى ما يعرف قانوناً بالحق العيني للمالك المغصوب منه الذي من خواصه إثبات حق تتبع العين المغصوبة في أي يد وجدت فيها العين .

فإن اختار المالك تضمين الأول ، وكان هلاك المغصوب في يد الغاصب الثاني ، رجع الغاصب الأول بالضمان على الثاني ؛ لأنه بدفعه قيمة الضمان ، ملك ـ عند الحنفية ـ الشيء المضمون (أي المغصوب) من وقت غصبه ، فكان الثاني غاصباً الملك الأول . وسبب رجوع الغاصب الأول على الثاني عند غير الحنفية هو أنه غرم المال بدون تسبب منه في هلاكه .

وإن اختار المالك تضمين الثاني أو المتلف ، لا يرجع هذا بالضمان على أحد ، ويستقر الضمان في ذمته ؛ لأنه ضمن فعل نفسه : وهو إزالة يد المالك ، أو استهلاكه ، وإتلافه .

وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص ، وبعضه الآخر من الشخص الآخر إلا أن الحنيفة استثنوا من مبدأ تخيير المالك في هذه الحالة : الموقوف المغصوب إذا غصب ، وكان الغاصب الثاني أملأ من الأول ، فإن متولي الوقف يضمن الثاني وحده .

والراجح عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما (الغاصب الأول ، أو الثاني) يبرأ الآخر عن الضمان ، بمجرد الاختيار ، فلو أراد تضمينه بعدئذ ، لم يكن له ذلك .

وإذا رد الغاصب الثاني المغصوب على الأول ، برئ من الضمان ، وإذا رده إلى المالك برئ الاثنان[1] .

---

(١) راجع المجلة : م/٩١١ ، الدر المختار : ١٣٨/٥ .

الغاصب الأول ومن تصرف معه بالرهن ونحوه :

وكذلك للمالك عند الحنفية[1] تضمين الغاصب الأول أو المرتهن أو المستأجر أو المستعير أو المشتري من الغاصب الأول ، أو الوديع الذي أودعه الغاصب الأول الشيء المغصوب ، فهلك في يده ، فإن ضمن الغاصب الأول استقر الضمان عليه ، ولم يرجع بشيء على أحد . وإن ضمن المرتهن أو المستأجر أو الوديع أو المشتري ، رجعوا على الغاصب بالضمان ، لأنهم عملوا له والمشتري إذا ضمن القيمة يرجع بالثمن على الغاصب البائع ؛ لأن البائع ضامن استحقاق المبيع ، ورد القيمة كرد العين .

وأما المستعير من الغاصب أو الموهوب له ، أو المتصدق عليه منه ، فيستقر الضمان عليه وإن كان جاهلاً الغصب ؛ لأنه يعمل في القبض لنفسه .

أما الشافعية[2] فقالوا : الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان وإن جهل صاحبها الغصب ؛ لأنه (أي الواضع) وضع يده على ملك غيره بغير إذنه ، والجهل ليس مسقطاً للضمان بل يسقط الإثم فقط ، فيطالب المالك من شاء منهما . لكن لا يستقر الضمان على الآخذ من الغاصب إلا بعلمه بالغصب ، حتى يصدق عليه معنى الغصب ، أو إن جهل به وكانت يد الواضع في أصلها يد ضمان ، كالمستعير والمشتري والمقترض والسائم ؛ لأنه تعامل مع الغاصب على الضمان ، فلم يغرّه .

أما إن جهل الواضع يده على المغصوب بالغصب ، وكانت يده يد أمانة بلا اتهاب ، كوديع ومضارب ، فيستقر الضمان على الغاصب دون الآخذ ، لأنه تعامل مع الغاصب على أن يده نائبة عن يد الغاصب . وأما الموهوب له فقرار الضمان عليه في الأظهر ؛ لأنه وإن كانت يده ليست يد ضمان ، إلا أن أخذه الشيء للتملك .

---

(١) رد المحتار : ١٣٩/٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٢٧٩/٢ .

وعلى هذا ، في حالة الجهل بالغصب : يستقر الضمان عند الحنفية والشافعية على المستعير والموهوب له ، والمتصدق عليه فقط . وأما الوديع والمضارب المعتبر كل منهما أميناً ، فيستقر الضمان الذي دفعه على الغاصب عند كل من الحنفية والشافعية . ولا خلاف بين الحنفية والشافعية في تضمين الغاصب أو الآخذ منه في كل الأحوال .

المبحث الثاني ـ إتلاف المال وحكمه

وفيه مطالب ثلاثة ، وملحق به ، ويبحث الإتلاف المالي عادة بعد الغصب أو معه ؛ لأنه يأخذ حكمه من حيث التضمين .

المطلب الأول ـ تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان .

المطلب الثاني ـ شروط إيجاب الضمان بالإتلاف .

المطلب الثالث ـ كيفية الضمان أو ماهيته .

ونبدأ بحث كل منها فيما يأتي :

المطلب الأول ـ تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان .

الإتلاف[1] : هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة[2] وهو سبب موجب للضمان ؛ لأنه اعتداء وإضرار ، والله تعالى يقول : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وإذا وجب الضمان بالغصب فبالإتلاف أولى ؛ لأنه اعتداء وإضرار محض .

---

(١) الاتلاف والافساد والاستهلاك لها معان متقاربة في اصطلاح الفقهاء . وهي تدخل تحت مدلول أعم وهو الضرر : وهو الحاق مفسدة بالآخرين ، أو كل نقص يدخل على الاعيان .

(٢) البدائع : ١٦٤/٧ .

ولا فرق بين أن يقع الإتلاف مباشرة : وهو إلحاق الضرر من غير واسطة بمحل التلف ، أو تسبباً : وهو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره .

كما لا فرق في ضمان الإتلاف بين العمد والخطأ ، ولا بين وجود البلوغ أو التمييز أو عدمه ، فالمتلف عمداً أو خطأً ضامن باتفاق المذاهب الأربعة ، والكبير أو الصغير أو المجنون أو النائم المتلف ضامن أيضاً عند جمهور الفقهاء . وفرق المالكية بين الصبي المميز وغيره ، فيغرم المميز ما أتلفه إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال اتبع به . أما غير المميز فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء ، ومثله المجنون[1] .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تقدير وجود السبب في بعض الحالات ، منها ما يأتي :

أولاً ـ فتح الباب أو حل الرباط : من فتح باب حانوت ، ثم تركه مفتوحاً ، فسرق ، أو دل لصاً أو ظالماً على شيء فأخذه أو فتح قفص طائر ، فطار ، أو حل رباط دابة فهربت ، أو فتح باب الإصطبل فخرجت ، أو حل رباط سفينة ، فغرقت أو ذهبت بها الريح .

لا يضمن المتسبب في هذه الأمثلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف[2] ؛ لأن مجرد الفتح ونحوه ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبباً ، لتدخل عنصر آخر من التلف ، وهو السرقة أو الطيران أو الهرب أو الغرق ونحوها ، والسارق هو المباشر ، والطير أو الدابة هو الذي اختار الهرب ، والماء أو الريح كان السبب في الإغراق أو الضياع ، فلم يكن مجرد فتح الباب أو حل الرباط سبباً محضاً ، فلا حكم له .

---

(١) تبيين الحقائق : ١٣٩/٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٧٧/١ ، الدر المختار وحاشيته : ٣٧٨/٥ ، ٤١٥ ، بداية المجتهد : ٤٠٤/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤

(٢) البدائع : ١٦٦/٧ ، جامع الفصولين : ١١٥/٢ وما بعدها ، مجمع الضمانات : ص ١٤٨ .

ويضمن هذا المتسبب عند المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن[1] ؛ لأنه تسبب في الإتلاف ، وحدوث الضرر أمر متوقع في الطبع أو العادة . وهو الرأي المنطقي العادل في تقديري ، وقد أخذت به المجلة : م (٩٢٢) .

وفصل الشافعية في الأمر[2] فقالوا : من فتح قفصاً عن طائر ، وهيجه ، فطار في الحال ، ضمنه ، لأنه ألجأه إلى الفرار ، وان اقتصر على الفتح ، فالأظهر أنه إن طار في الحال : ضمن ؛ لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيره ، وإن وقف ثم طار ، فلا يضمنه ؛ لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره .

وهذا التفصيل ينطبق على حل رباط بهيمة ، أو فتح باب اصطبل ونحوه .

وكذلك لو حلّ رباطاً عن علف في وعاء ، فأكلته بهيمة في الحال ، ضمنه ، أما من فتح باب حانوت فسرقه إنسان ، أو دلَّ سارقاً ، فسرق ، فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يوجد منه سبب يمكن تعليق الضمان عليه به .

وإن حلّ رباط سفينة ، فغرقت ، فإن غرقت في الحال ضمن ؛ لأنها تلفت بفعله . وإن وقفت ، ثم غرقت : فإن كان بسبب حادث كريح هبت ، لم يضمن لأنها غرقت بغير فعله . وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه رأيان :

أحدهما ـ لا يضمن كالزِّق إذا ثبت بعد فتحه ، ثم سقط .

والثاني ـ يضمن لأن الماء أحد المتلفات .

ثانياً ـ فتح وعاء السمن (الزق) : لو فتح إنسان زقا (ظرفا) فيه زيت أو سمن ونحوهما ، فخرج ما فيه :

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٤٥١/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ وما بعدها ، المغني : ٢٨٠/٥ ، ٢٨٢ ، القواعد لابن رجب : ص ٢٨٥ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع : ٢٤٥/١١ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٧٨/٢ ، المهذب : ٣٧٤/١ وما بعدها .

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف[1] : إن كان الزيت ذائباً ، فسال منه ، ضمن . وإن كان السمن جامداً ، فذاب بالشمس ، وزال ، لم يضمن ؛ لأن المائع يسيل بطبعه إن وجد منفذاً بحيث يستحيل استمساكه عادة ، فكان حل الرباط إتلافاً له تسْبيباً ، أما الجامد فلا يسيل بطبعه ، فإن سال بحرارة الشمس ، فلا يعد فاتح الظرف سبباً في إتلافه ، ولا مباشراً له .

وقال المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن[2] : يضمن من شق زق إنسان فيه دهن مائع ، فسال ، وهلك . أو حل وكاء زق جامد ، فأذابته الشمس ، فاندفق . أو بقي الزق بعد حله قاعداً ، فألقته ريح ، أو زلزلة ، فاندفق ، فخرج مافيه كله في الحال ، أو خرج قليلاً قليلاً ، أو خرج منه شيء بلَّ أسفله فسقط فاندفق ؛ لأن المتسبب متعد في جميع ذلك ، سواء حدث الضرر عقب فعله أو تراخى عنه . وهذا الرأي هو المعقول .

وفصل الشافعية فقالوا[3] : إذا كان الزِّق مطروحاً على الأرض ، فخرج مافيه بالفتح وتلف ، يضمن ، حتى ولو كان التقاطر بإذابة شمس ، أو حرارة ، أو ريح ، مع مرور الزمن ؛ لأن الإتلاف ناشئ عن فعله ، سواء حضر المالك ، وأمكنه تدارك الأمر ، فلم يفعل ، أم لا . وهذا كما قال المالكية ومن معهم .

أما إذا كان الزق منصوباً على شيء ، ففتحه : فإن سقط بالفتح وخرج مافيه أو بابتلال أسفله منه ، ضمن ، وإن سقط بسبب ريح ، أو نحوها كزلزلة ، ووقوع طائر ، أو جهل الحال ، فلم يعلم سبب سقوطه ، لم يضمن ؛ لأن التلف لم يحصل بفعله .

ثالثاً ـ الترويع : إذا بعث الحاكم إلى امرإة يستدعيها إلى مجلس القضاء ، فأجهضت جنينها فزعاً ، أو زال عقلها :

---

(١) البدائع : ١٦٦/٧ ، مجمع الضمانات : ص ١٤٨ ، ١٥٣ .

(٢) القوانين الفقهية : ص ٣٣٢ ، كشاف القناع : ١٢٩/٤ ، البدائع : ١٦٦/٧ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٧٨/٢ ، المهذب : ٣٧٥/١ ، نهاية المحتاج : ١١١/٤ وما بعدها .

فقال أبو حنيفة وابن حزم[1] : لا ضمان في شيء من ذلك على أحد ، إذ ليس السبب متصلاً بالنتيجة قطعاً .

وقال جمهور الفقهاء[2] : يضمن الحاكم الدية ، لحادثة عمر الذي استدعى امرأة فأجهضت ، وقد سبق الكلام عنها في الجنايات .

رابعاً ـ الحيلولة والحبس : من حبس المالك عن ماله حتى تلف المال ، أو عن ماشيته حتى تلفت ، فقال جمهور الحنفية[3] : إن كان المال منقولاً ضمن ، وإن كان عقاراً لم يضمن . وهذا هو رأي أبي حنيفة وأبي يوسف اللذين يريان إمكان تحقق الغصب في المنقول دون العقار . وقال محمد : يجري الغصب فيهما .

وقال المالكية والحنابلة[4] : على من فعل ذلك ضمان ما تلف به ؛ لأنه سبب هلاكه .

وقال الشافعية[5] : إن قصد المتسبب منع المالك عن ملكه ، ضمن ، وهو مبدأ الحيلولة : وهي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى تلف . وإن لم يقصد منعه عن ملكه ، ولم يضمن لأنه لم يتصرف في المال ، وإنما تصرف في المالك .

وبه يظهر أن الحيلولة بين المالك وملكه سبب رابع من أسباب الضمان بعد (العقد ، واليد ، والإتلاف) عند جمهور الفقهاء ، وعند الحنفية في المنقول دون غيره .

---

(١) الدر المختار : ٣٩٧/٥ ، مجمع الضمانات : ص ١٧٢ ، اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية بهامش جامع الفصولين : ١١٢/٢ ، ط الأولى بالأزهرية ، المحلى : ٢٩/١١ وما بعدها .

(٢) الشرح الكبير : ٢٤٤/٤ ، المهذب : ١٩٢/٢ ، المغني : ٨٣٢/٧ وما بعدها .

(٣) جامع الفصولين : ١١٧/٢ ، اللباب شرح الكتاب : ١٨٩/٢ .

(٤) الشرح الكبير للدردير : ٢٤٢/٤ ، المغني : ٢٢٣/٥ ، ٨٣٤/٧ .

(٥) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع : ٢٤٧/١١ ، نهاية المحتاج : ١١٢/٤ ، مغني المحتاج : ٢٨٣/٢ .

المطلب الثاني ـ شروط إيجاب الضمان بالإتلاف :

يشترط لإيجاب الضمان بسبب الإتلاف ما يأتي[1] :

١ ـ **أن يكون الشيء المتلف مالاً** ، فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها ، والدم ، والتراب العادي ، والكلب ، والسرجين النجس ، ونحوها مما ليس بمال عرفاً وشرعاً .

٢ ـ **أن يكون متقوّماً بالنسبة للمتلف عليه** ، والمتقوم : هو ما يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار ، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم ، سواء أكان المتلِف مسلماً أم ذمياً ، لعدم تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم ، إذ لا يباح له الانتفاع بهما شرعاً ، فلا قيمة لهما .

أما خمور وخنازير غير المسلم أي الذمي ، فيضمنها المتلف مسلماً أو غيره ، ويلزم المسلم بالقيمة ، وغير المسلم بالمثل ، عند الحنفية والمالكية ، لتعديه عليها ، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين .

ولا تضمن عند الشافعية والحنابلة ؛ إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة ، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل عنه ، كما بينا في غصب غير المتقوم .

ولا ضمان عند جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالمزمار والرباب والعود ونحوها من أدوات الموسيقا ، لعدم تقوّمها ؛ لأن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء باعتبارها أدوات لهو ، فلا قيمة لها ، كما بينا في غصب غير المتقوم .

---

(١) البدائع : ١٦٧/٧ وما بعدها ، المبسوط : ٥٣/١١ ، درر الحكام : ٢٦٨/٢ ، تبيين الحقائق : ٢٣٣/٥ ـ ٢٣٧ ، تكملة الفتح : ٣٩٧/٧ ، اللباب شرح الكتاب : ١٩٥/٢ ، الشرح الكبير : ٢٠٤/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٣ ، نهاية المحتاج : ١١١/٤ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ ، ١٤٦ وما بعدها .

وقال أبو حنيفة والشافعي : تضمن باعتبارها خشباً منحوتاً فقط ؛ لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد ، تصلح للانتفاع بها من وجه آخر ، فكانت مالاً متقوماً من تلك الناحية فقط .

ولا ضمان أيضاً بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقوّمها ؛ لأن التقوم ينبني على كون الشيء عزيز المنال ، خطير الأهمية ، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء .

ولا ضمان كذلك بتحريق كتب الفسق والضلال ، لاشتمالها على الكذب ولإلحاقها ضرراً بعقيدة الناس ووحدتهم ، فيجب إتلافها وإعدامها ، وهي أولى بالإتلاف من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر الذي أمر به الرسول ﷺ[1] ، فإن ضررها أعظم من ضرر هذه ، ولا ضمان فيها كما لا ضمان في كسر أواني الخمر وشق زقاقها (أي ظروفها وأوعيتها) ، وقد حرق الصحابة جميع المصاحف المخالفة للمصحف الموحد الخط : وهو مصحف عثمان ، لما خافوا على الأمة من الاختلاف في التلاوة لاختلاف اللهجات وطرائق النطق[2] .

٣ ـ أن يكون التلف (أو الضرر) محققاً بشكل دائم : فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان ، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء في يد المعتدي ؛ لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السن عندما نبتت ثانياً ، جعل الضرر كأن لم يكن ، ويرد على المعتدي ما أخذ منه بسبب النقصان ، لأنه تبين أن النقصان لم يكن موجباً للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام . وهذا رأي أبي حنيفة .

---

(١) انظر نيل الأوطار : ٣٢٩/٥ وما بعدها .

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم : ص ٢٧١ وما بعدها ، ٢٧٥ ، ط السنة المحمدية .

وقال الصاحبان : على الجاني الأرش كاملاً ؛ لأن الجناية وقعت موجبة له ، والذي نبت نعمة جديدة من الله[1] .

٤ ـ أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان : فلا يضمن المالك ماتتلفه بهيمته من أموال ؛ لأن فعل العجماء جُبَار أي هدر . ولا يشترط التمييز عند غير المالكية لإيجاب الضمان كما بينا[2] .

٥ ـ أن يكون في إيجاب الضمان فائدة : حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه ، فإن لم يكن في التضمين فائدة ، أي عدم القدرة على تنفيذ الحكم الصادر بالتعويض ، فلا ضمان .

وعليه فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي[3] ، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب ؛ إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر . وليس مال الحربي بالنسبة للمسلم وعكسه محترماً ، أي مصوناً يجب الحفاظ عليه ، وإنما هو هَدَر . لهذا اشترط الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً ، فمال الحربي في نظر الشرع مباح ، فمن أخذه لا يعد غاصباً[4] .

ولا ضمان أيضاً على العادل إذا أتلف مال الباغي ، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل[5] ، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة .

---

(١) البدائع : ٧/١٥٥ ، ١٥٧ ، تبيين الحقائق : ٦/١٣٧ ، اللباب شرح الكتاب : ٣/١٩٠ .

(٢) وعلى هذا نصت المجلة : م/ ٩١٦ .

(٣) الحربي : هو من بيننا وبين بلاده عداوة وحرب .

(٤) نهاية المحتاج : ٤/١١١ .

(٥) العادل ضد الباغي ، وجمعه بغاة ، والبغاة قوم كالخوارج لهم شوكة ومنعة خالفوا جماعة المسلمين في بعض الأحكام الشرعية بتأويل فاسد لبعض النصوص ، وظهروا على بلدة من البلاد الإسلامية ، ونظموا عسكراً لهم ، ونفذوا أحكامهم الخاصة .

وقيّد غير الحنفية[1] عدم الالتزام بالضمان بين العادلين والبغاة بحال الحرابة (أو الحرب أو الخروج على الإمام) لعذر البغاة بالتأويل .

وأضاف الشافعية[2] على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال : فلا يضمن الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد ، فخرج من القفص الذي كان مفتوحاً ، ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض .

وأما شروط الضمان في الإتلاف تسبباً فهي ثلاثة كما ذكر الحنفية[3] :

١ ـ **التعدي :** أن يحدث تعد من فاعل السبب . والتعدي : هو تجاوز الحق ، أو ما يسمح به الشرع ، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم ، أو في غير ملكه عدواناً ، أو لا يتخذ الاحتياطات الواقية من وقوع الضرر ولو بإذن ، فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان ، فالحافر ضامن . ومثله أن يؤجج رجل ناراً في يوم ريح عاصف ، فيتعدى إلى إتلاف مال الغير ؛ أو يحل وكاء وعاء فيه شيء مائع فاندفق ؛ أو يمزق وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق ؛ أو يفتح قفصاً عن طائر ، فطار في رأي غير أبي حنيفة وأبي يوسف ، أو يحمل حملاً في الطريق ، فيقع على شيء فيتلفه ، أو يعثر أحد بالحمل ، فيضمن في كل تلك الحالات لأنه أثر فعله الذي هو تعدي .

٢ ـ **التعمد :** وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة ، كأن يتلف شِرْب[4] إنسان بأن يسقي أرضه بشرب غيره ، أو يسد الماء عن أرض جاره ، فتيبس مزروعاته ، أو يجذب ثوب إنسان فيسقط منه ما يحمله فيه ، فيتلف ، فيضمن . أما إذا لم يكن هناك

---

(١) الشرح الكبير : ٤٤٢/٣ ، ٣٠٠/٤ ، مغني المحتاج : ٢٧٧/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٢٨/٤ .

(٢) نهاية المحتاج : ١١٣/٤ .

(٣) جامع الفصولين : ١١٦/٢ ، ١٢٢ ، ١٢٤ ، مجمع الضمانات : ص ٣٢٣ ، شرح المجلة للشيخ خالد الأتاسي : ٤٦٤/٣ ، المادة ٩٢٤ من المجلة ، وانظر القواعد لابن رجب : ص ١٩٠ وما بعدها ، الفروق للقرافي : ٢٧/٤ ، ٢٠٨/٢ ، مغني المحتاج : ٢٧٨/٢ .

(٤) الشرب : النصيب من الماء لإرواء الأراضي . وحق الشفة : هو حق شرب الإنسان والدواب .

تعمد ، كما لو جفلت دابة من رجل ، فهربت وضاعت ، فلا يضمن ، لأنه غير متعمد أو غير متعد في الأدق . والحقيقة أن المراد بالتعمد هو التعدي ، سواء أكان هناك قصد أم لا ، فلو صاح مجنون بدابة شخص ، فجفلت ووقع الراكب أو الحمل ، فتلف ، كان ضامناً المال . وإن لم يكن عنده قصد الإضرار ، لكنه متعدي . وتكون القاعدة : « المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي » و« المباشر ضامن وإن لم يتعد » .

٣ ـ أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً ، دون تدخل سبب آخر حسب العادة : وبعبارة أخرى : ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر ، أو ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مختار مباشر ، فإن تدخل عنصر آخر مختار ، نسب الفعل إليه مباشرة .

أي إن اشترك المباشر والمتسبب ، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة ، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً ، فجاء غير الحافر ، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً ، فالضمان عليه دون الحافر ، أما إن تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها ، فالحافر هو الضامن .

وإن كان السبب يؤثر بانفراده ، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان ، كما لو نخس رجل دابة آخر بإذنه ، فوطئت إنساناً ، فالضمان عليهما ؛ لأن السبب هنا يؤثر بانفراده ، كما أوضحنا سابقاً في الجنايات .

هذا ... ولا يشترط في الضامن التمييز أو كونه بالغاً عاقلاً عند غير المالكية ، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال ، كما بينا سابقاً في تعريف الإتلاف .

ولا تكون **حالة الضرورة** سبباً للإعفاء من الضمان ، فمن اضطر حال الجوع مثلاً لتناول مال الغير ، فإنه يلزمه ضمانه بالرغم من إباحة التناول حفاظاً على النفس من الهلاك ؛ لأن القاعدة تقول : « الاضطرار لا يبطل حق الغير » .

ولا يصلح **الجهل** بكون المال المتلف مال الغير سبباً أيضاً للتخلص من الضمان .

فالعلم بكون المتلف مال الغير، ليس بشرط لوجوب الضمان ، فمن أتلف مالاً ظاناً أنه ملكه ، ثم تبين أنه مملوك لغيره ، ضمنه ؛ لأن الإتلاف واقعة مادية لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير. كل ما في الأمر أن الإتلاف إذا تم مع العلم ، فيوجب الضمان والإثم الأخروي ، وإذا حدث جهلاً فيوجب الضمان فقط ، ويرتفع الإثم ؛ لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً ، لقوله ﷺ : «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه»[1] .

المطلب الثالث ـ كيفية الضمان أو ماهيته :

الواجب بالإتلافات المالية هو الواجب بالغصب : وهو ضمان المثل إن كان المتلف مثلياً ، وضمان القيمة يوم الإتلاف فيما لا مثل له ؛ لأن ضمان الإتلاف ضمان اعتداء ، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل . فعند الإمكان يجب العمل بالمثل المطلق (وهو المثل صورة ومعنى) ، وعند التعذر يجب المثل معنى ، وهو القيمة ، كما في الغصب[2]..

---

(١) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من حديث ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) البدائع : ١٦٨/٧ ، القوانين الفقهية : ص ٣٣٢ ، مغني المحتاج : ٢٨٤/٢ ، غاية المنتهي : ٢٤٦/٢ . لكن إن تلف المغصوب المثلي ، وفقد مثله ، فتجب قيمته يوم انقطاع المثل عند الحنابلة ، لأن القيمة وجبت في الذمة حينئذ (المغني : ٢٥٨/٥) .

الفصل الثامن

دفع الصائل

وحكم ضمان الفعل الدفاعي ـ الدفاع الشرعي

وفيه مباحث أربعة : في مشروعية الدفاع ومراحلـه وحكمـه ، وشروطـه ، وهل هو حق أم واجب ، وضمان الفعل .

المبحث الأول ـ مشروعية الدفاع ومراحله وحكمه :

إذا اعتدى إنسان على غيره في نفس أو مال أو عرض ، أو صال عليه يريد ماله أو نفسه ظلماً ، أو يريد امرأة ليزني بها أو صالت عليه بهيمة ، فللمعتدى عليـه ، أو المصول عليه ، ولغيره : أن يرد العدوان بالقدر اللازم لدفع الاعتداء حسب تقديره في غـالب ظنـه ، وللغير أن يعـاونـه في الـدفـاع ، ولو عرض اللصوص لقـافلـة ، جـاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم .

ويبتدئ المدافع بـالأخف فـالأخف إن أمكن ، فـإن أمكن دفع المعتـدي بكلام واستغاثة بالناس ، حرم عليه الضرب ، وإن أمكن الدفع بضرب اليد ، حرم استخـدام السوط ، وإن أمكن الـدفع بـالسوط ، حرم استعمال العصـا ، وإن أمكن الـدفع بقطع عضو ، حرم القتل ، وإن لم يمكن الـدفع إلا بـالقتل أبيـح للمـدافـع القتـل ؛ لأنـه من ضرورات الدفع . فإن شهر عليه سيفاً أبيح للمدافع أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الـدفع إلا بالقتل ، إذ لو استغاث بـالنـاس لقتلـه ، قبل أن يلحقـه الغوث ، إذ تـأثير السلاح فوري .

والخلاصة : أن المدافع إن كان يعلم أن المهاجم ينزجر بصياح أو ضرب بما دون السلاح ، فعل ، وإلا جاز له استعمال السلاح ، فالقتل أو السلاح جوز للضرورة استثناء من قاعدة « الضرر لا يزال بالضرر » ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل . ومن المعلوم أن « الضرورة تقدر بقدرها » حتى إن تمكن المعتدى عليه أو المصول عليه من الهرب أو الالتجاء لحصن أو جماعة ، فيجب عليه ذلك ، كما أوضح الشافعية والمالكية ، وفي وجه عند الحنابلة ، ويحرم قتال المعتدي أو الصائل حينئذ ؛ لأن المعتدى عليه مأمور بتخليص نفسه بالأهون ، وبما أن الهرب ونحوه أسهل من غيره ، فلا يلجأ إلى الأشد[1] ، قال العز بن عبد السلام : « إذا انكف الصوال عن الصيال حرم قتالهم وقتلهم »[2] .

وأدلة مشروعية الدفاع كثيرة في القرآن والسنة والمعقول :

أما من القرآن فقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ، واتقوا الله ، واعلموا أن الله مع المتقين ﴾ فالأمر بالتقوى دليل على ضرورة التزام مبدأ المماثلة أو التدرج في الأخذ بالأخف فالأخف .

ومن السنة : أحاديث منها « من قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد »[3] فهذا دليل على جواز الدفاع عن الدين والنفس والمال والعرض ، لأن النبي ﷺ لما جعل المدافع شهيداً ، دل على أن له القتل والقتال .

وأما جواز الدفاع عن الغير : فأساسه الحفاظ على الحرمات مطلقاً من نفس أو

---

(١) البدائع : ٩٣/٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٧/٣ ، الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، مغني المحتاج : ١٩٦/٤ ـ ١٩٧ ، المغني : ٣٢٩/٨ ـ ٣٣١ .

(٢) قواعد الأحكام : ١٩٥/١ .

(٣) رواه أصحاب السنن الأربعة وصححه الترمذي عن سعيد بن زيد (سبل السلام : ٤٠/٤) .

مـال ، فلولا التعـاون ، لـذهبت أموال النـاس وأنفسهم ؛ لأن قطـاع الطرق مثـلاً إذا انفردوا بأخذ مال إنسان لم يُعنه غيره ، فـإنهم يـأخـذون أموال الكل واحـداً واحـداً ، وكذلك غيرهم . وقـد قـال النبي ﷺ « انصر أخـاك ظـالمـاً أو مظلومـاً ، قيل : كيف أنصره ظالمـاً ؟ قـال : تحجزه عن الظلم ، فـإن ذلـك نصره »[1] وقـال أيضـاً : « من أُذلّ عنده مؤمن ، فلم ينصره ، وهو يقدر على أن ينصره ، أذله الله على رؤوس الأشهاد يوم القيامة »[2] وفي حديث « إن المؤمنين يتعاونون على الفُتّان »[3] .

وحكم الدفاع الشرعي : هوالإباحة ، فتكون أفعال الدفاع مبـاحـة بـاتفـاق الفقهاء[4] ، فلا مسؤولية على المدافع من الناحيتين المـدنيـة والجنـائيـة ، إلا إذا تجـاوز حدود المشروع ، فيصبح عمله جريمة يسأل عنها مدنياً وجزائيـاً ، وعليـه القصـاص . ولا يجوز للمـدافع القتـل إلا إذا ثبت ببينـة أن الصـائـل لم ينـدفـع إلا بـه ، كأن يرى الشهود أن الصـائل أقبل بسلاح مشهور على المـدافع ، فضربـه هـذا . ولا يقبل القـول بمجرد ادعاء المدافع أنه قد هاجم منزلـه ، فلم يمكنـه دفعـه إلا بـالقتل ، كما لا يقبل قول الشهود بأنهم رأوا الصائل داخلاً الدار ولم يذكروا سلاحاً . فإن لم يحضر أحد من الناس يقبل عند المالكية قول المدافع بيمينه[5] .

المبحث الثاني ـ شروط دفع الصائل :

يشترط لجواز دفع الصائل أربعة شروط وهي[6] :

١ ـ أن يكون هناك اعتـداء في رأي جمهور الفقهـاء ، وعنـد الحنفيـة : أن يكون

---

(١) رواه أحمد في مسنده والبخاري والترمذي عن أنس بن مالك .

(٢) رواه أحمد في مسنده عن سهل بن حنيف (نيل الأوطار : ٣٢٧/٥) .

(٣) رواه أبو داود ولفظه « المؤمن أخو المؤمن يسعهما الماء والشجر، ويتعاونـان على الفتـان » أي الشيطـان . وبضم الفاء : جمع .

(٤) المراجع السابقة في بدء هذا المطلب ، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف : ص ١٤٠ ـ ١٤٢ .

(٥) الشرح الكبير للدردير : ٣٥٧/٤ ، المغني : ٣٣٢/٨ .

(٦) راجع التفصيل في التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة : ٢٧٨/١ وما بعدها .

الاعتداء جريمة معاقباً عليها . وعلى هذا فممارسة حق التأديب من الأب أو الزوج أو المعلم ، وفعل الجلاد لا يوصف بكونه اعتداء . وفعل الصبي والمجنون وصيال الحيوان لا يوصف بكونه جريمة عند الحنفية .

فإذا قتل الإنسان الجمل الصؤول ونحوه ، ضمن قيمته على كل حال عند الحنفية ؛ لأن الأموال تضمن حال الضرورة إلى إتلافها ، والقاعدة عندهم أن « الاضطرار لا يبطل حق الغير » وأن جناية « العجماء جُبَار » أي هدر .

وقال الجمهور عند الحنفية : لا غرم ولا ضمان على المدافع إذا لم يقدر على الامتناع منه إلا بضربه وقتله ، لأنه قتله أثناء الدفاع الجائز ، ولدفع شره ، وقياساً على قتل الإنسان الصائل ، وحرمة النفس أعظم من حرمة المال . وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرمي إذا صال . ويختلف هذا عن حالة المضطر إلى طعام الغير ، بأن الطعام لم يلجئ المضطر إلى إتلافه ، ولم يصدر منه ما يزيل عصمته[1] . ومذهب غير الحنفية في صيال الحيوان والصبي والمجنون هو المعقول .

٢ ـ أن يكون الاعتداء حالاً : أي واقعاً بالفعل ، لا مؤجلاً ولا مهدداً به فقط .

٣ ـ ألا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر ، فإذا أمكنه ذلك بوسيلة أخرى كالاستغاثة أو الاستعانة بالناس أو برجال الأمن ، ولم يفعل ، فهو معتد .

٤ ـ أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة : أي بالقدر اللازم لرد الاعتداء بحسب ظنه بالأيسر فالأيسر ، كما بينا في المطلب الأول .

---

(١) البدائع : ٢٧٣/٧ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، المغني : ٣٢٨/٨ وما بعدها ، المهذب : ٢٢٥/٢ ، كشاف القناع : ١٤٣/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ .

المبحث الثالث ـ هل دفع الصائل حق مباح أم واجب ؟

الكلام على هذا المطلب يقتضي التفصيل في كل حالة من حالات الدفاع الشرعي على حدة .

حكم الدفاع عن النفس :

إذا هوجم إنسان بقصد الاعتداء على نفسه ، أو عضو من أعضائه ، سواء أكان الهجوم من إنسان آخر أم من بهيمة ، فيجب على المعتدى عليه أن يدافع عن نفسه في رأي أبي حنيفة والمالكية ، والشافعية[1] ، إلا أن الشافعية قيدوا وجوب دفع الصائل في هذه الحالة بما إذا كان الصائل كافراً أو بهيمة ؛ لأن الاستسلام للكافر ذل في الدين ، والبهيمة تذبح لاستبقاء نفس الإنسان .

وأما إذا كان الصائل مسلماً فالأظهر عند الشافعية أنه يجوز الاستسلام له ، بل يسن لخبر أبي داود : « كن خير ابني آدم » يعني قابيل وهابيل ، واشتهر ذلك عن الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، ولم ينكر عليه أحد ، وأضاف الشافعية بأن الدفع عن نفس غيره في الإيجاب وعدمه كالدفع عن نفسه .

وقيد المالكية وجوب الدفاع بأن يكون بعد الإنذار ندباً كالمحارب إن أمكن : بأن يقول له : ناشدتك الله إلا ما تركتني ونحوه ، فإن لم ينكف أو لم يمكن ، جاز له دفعه بالقتل وغيره .

ودليل القائلين بإيجاب الدفاع عن النفس قوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ وقوله سبحانه ﴿ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ ﴿ فمن

---

(١) تبيين الحقائق : ١١٠/٦ ، البدائع : ٩٣/٧ ، تكملة فتح القدير : ٢٦٩/٨ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٩٧/٢ ، ٣٨٧/٥ ، الفتاوى الهندية : ٧/٦ ، ٥١ ، مواهب الجليل للحطاب : ٣٢٣/٦ ، الشرح الكبير والدسوقي : ٣٥٧/٤ ، المنتقى على الموطأ : ٦١/٦ ، تنوير الحوالك شرح الموطأ : ٢٢٠/٢ ، الفروق : ١٨٥/٤ ، مغني المحتاج : ٢١/٤ ، ١٩٥ ، المهذب : ٢٢٥/٢ .

اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ وبما أن الإنسان يجب عليه صيانة نفسه بأكل ما يجده حال الجوع ، فيجب عليه الدفاع عن نفسه .

وقال الحنابلة[1] ، ورأيهم هو المتفق مع السنة : إن دفع الصائل على النفس جائز لا واجب سواء أكان الصائل صغيراً أم كبيراً أم مجنوناً ، لقول النبي ﷺ في حال الفتنة : « اجلس في بيتك ، فإن خفت أن يَبهرك شعاع الشمس ، فغطِّ وجهك » وفي لفظ « تكون فتن ، فكن فيها عبد الله المقتول ، ولا تكن القاتل »[2] وقد صح أن عثمان رضي الله عنه منع عبيده أن يدافعوا عنه ، وكانوا أربعمائة ، وقال : « من ألقى سلاحه فهو حر » . قالوا : وهذا مخالف لحال المضطر إلى الطعام : يلزمه الأكل منه ؛ لأن في القتل شهادة ، وإحياء نفس غيره ، وفي الأكل إحياء نفسه من غير مساس بنفس أحد غيره .

المبحث الرابع ـ ضمان الفعل :

اتفق الفقهاء[3] على أن المعتدى عليه (المدافع) إذا قتل الصائل ، فلا مسؤولية عليه من الناحيتين المدنية والجنائية ، فلا دية ولا قصاص ، لقوله عليه السلام : « من شهر سيفه ثم وضعه ـ ضرب به ـ ، فدمه هَدَر »[4] ، ولأن الصائل باغ ، والمصول عليه كان يؤدي واجبه في الدفاع عن نفسه ، ودفع الشر[5] .

---

(١) المغني : ٣٢٩/٨ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٤٣/٤ .

(٢) أخرجه ابن أبي خيثمة والدارقطني عن عبد الله بن خباب بن الأرت ، وأخرج أحمد نحوه عن خالد بن عرفطة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) أخرجه النسائي واسحق بن راهويه والطبراني عن عبد الله بن الزبير (نصب الراية : ٣٤٧/٤) .

(٥) قال الحنيفة : « من شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عصا ليلاً في مصر ، أو نهاراً في طريق غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً ، فلا شيء عليه » (مجمع الضمانات : ص ١٦٦) .

إلا أن الحنفية استثنوا مما ذكر : ما إذا كان الصائل صبياً أو مجنوناً أو دابة ، فقتله المصول عليه ، فيسأل مدنياً فقط لا جنائياً ، فلا قصاص عليه ، و إنما يدفع الدية عن الصبي والمجنون ، و يضمن قيمة الدابة كما بينا في المبحث الثاني .

وروي عن أبي يوسف : أنه يكون مسؤولاً مدنياً فقط عن قيمة الحيوان ، ولا تجب الدية عليه في قتل الصبي والمجنون .

ودليل الحنفية بالنسبة للدابة قوله ﷺ : « العجماء جُرْحها جُبَار »[1] أي هَدر . وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً ، فلا تسقط به عصمة النفس ، ولا يتوافر بالتالي شرط جواز الدفاع عن النفس ؛ لأن من شرائطه أن يكون هناك اعتداء أو عدوان عندهم ، كما بينا ، ولأن الدفاع شرع لدفع الجرائم ، ولا جريمة ههنا .

وقال أبو يوسف : يعد فعل الصبي والمجنون جريمة ، بدليل أنه يجب عليهما ضمان المتلفات ، إلا أنه رفع العقاب عنهما لعدم الإدراك . أما فعل الدابة ، فليس جريمة ، ولا يجب الضمان على ما تتلفه ؛ لأن العجماء جبار ، والشرط أن يكون الاعتداء جريمة .

والخلاصة : أن أبا حنيفة لا يرى وجوداً لحالة الدفاع في صيال الصبي والمجنون والحيوان ، و إنما يحق الدفاع على أساس الضرورة ، أي فيجب الضمان أو التعويض . وأما أبو يوسف فيرى وجود حالة الدفاع إذا صال الصبي أو المجنون ، كما هو رأي غير الحنفية . أما إذا صال الحيوان فيدفع على أساس الضرورة ، فتجب قيمته بإتلافه .

وأما جمهور الفقهاء فيرون توافر حالة الدفاع في كل الحالات المذكورة ؛ لأن من واجب الإنسان أن يدافع عن النفس والمال عند كل اعتداء ، وإن فعل الاعتداء بذاته

---

(١) رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه (نيل الأوطار : ٢٣٤/٥) .

لا يحل دم الصائل ، ولكنـه يوجب أو يجيز منع الاعتـداء ، على الخلاف السـابق بينهم على رأيين ، فالمطالبة بمنع الاعتداء هو الذي أحل دم الصائل ، وليس الاعتداء ذاتـه ، فلا يشترط إذاً أن تكون ذات الاعتداء جريمة معاقباً عليها .

ورأي الحنابلة[1] : أن من دفع صائلاً عن نفسه أو عن ولده ونسائه ومحارمه كأخته وعمته بالقتل لم يضمنه ، ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه .

حكم العاض : وأما من عض يد إنسان ، فانتزعها منـه ، فسقطت أسنـانـه ، فلا ضمان عليه ، أي لا يسأل مدنياً بدفع الدية عند غير المالكية ، بدليل حديث عمران بن حصين « أن رجلاً عض يد رجل ، فنزع يـده من فيـه ، فوقعت ثنيتـاه[2] ، فـاختصموا إلى النبي ﷺ ، فقـال : يَعضُّ أحـدكم يـدَ أخيـه ، كما يعض الفَحْل[3] ، لا ديـة لـك »[4] وحديث يعلى ين أمية قال : « كان لي أجير ، فقاتل إنساناً ، فعض أحدهما صـاحبـه ، فانتزع أصبعه ، فأندر ثنيته (أي أزالها) ، فسقطت ، فانطلق إلى النبي ﷺ ، فـأهـدر ثنيته ، وقال : أيدع يده في فيك ، تقضَمها كما يَقْضَم الفحل »[5] .

وقال المالكية : إنه يجب الضمان في مثل ذلك ، لقولـه ﷺ : « في السن خمس من الإبل »[6] ولكن قال يحي بن يعمر وابن بطال : لو بلغ مالكاً هذا الحـديث ـ حـديث ابن الحصين و يعلى ـ لم يخالفه[7] .

---

(١) كشاف القناع : ١٤٣/٤ .

(٢) الثنية : واحدة الثنايا أي أسنان مقدم الفم ، ثنتان من فوق ، وثنتان من أسفل .

(٣) الفحل : الذكر من كل حيوان .

(٤) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة ماعدا أبا داود .

(٥) رواه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) إلا الترمذي .

(٦) رواه أبو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان وأحمد .

(٧) المغني : ٣٣٣/٨ ومـا بعـدهـا ، مغني المحتـاج : ١٩٧/٤ ، نيـل الأوطـار : ٢٥/٧ ، الميزان للشعراني : ١٧٣/٢ ، والمهذب : ٢٢٥/٢ . واشترط الشافعية لعدم ضمان رمي الناظر إلى البيوت : عدم وجود محرم وزوجة للنـاظر ، فإن كان له شيء من ذلك حرم رميه لأن له في النظر شبهة .

حكم الدفاع عن العرض :

إذا أراد فاسق الاعتداء على شرف امرأة ، فيجب عليها باتفاق الفقهاء[1] أن تدافع عن نفسها إن أمكنها الدفع ؛ لأن التمكين منها للرجل حرام ، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي ، ولها قتل الرجل المكره ، ولو قتلته كان دمه هَدراً ، إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل .

وكذلك يجب على الرجل إذا رأى غيره يحاول الاعتداء على امرأة أن يدفعه ، ولو بالقتل إن أمكنه الدفاع ، ولم يخف على نفسه ؛ لأن الأعراض حرمات الله في الأرض ، لا سبيل إلى إباحتها بأي حال ، سواء عرض الرجل أو عرض غيره .

ولا يسأل المدافع جنائياً ولا مدنياً ، فلا قصاص ولا دية عليه ، لظاهر الحديث : « من قتل دون أهله فهو شهيد »[2] ولما ذكره الإمام أحمد من حديث الزهري بسنده عن عبيد بن عمير : « أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل ، فأراد امرأة على نفسها ، فرمته بحجر فقتلته ، فقال عمر : والله لا يودى أبداً » ، ولأنه إذا جاز الدفاع عن المال الذي يجوز بذله وإباحته ، فدفاع المرأة أو الرجل عن نفسها ، وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال : أولى .

الزاني بامرأته : كذلك لا قصاص ولا دية في المذاهب الأربعة[3] على من وجد رجلاً يزني بامرأته ، فقتله ، لما روي « أن عمر رضي الله عنه بينما هو يتغدى يوماً ، إذ أقبل رجل يعدو ، ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم ، فجاء حتى قعد مع عمر ، فجعل يأكل ، وأقبل جماعة من الناس ، فقالوا : يا أمير المؤمنين ، إن هذا قتل صاحبنا مع

---

(١) الدر المختار : ١٩٧/٣ ، ٣٩٧/٥ ، البدائع : ٩٣/٧ ، بداية المجتهد : ٣١٩/٢ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٣ ، مغني المحتاج : ١٩٤/٤ وما بعدها ، المهذب : ٢٢٥/٢ ، المغني : ٣٣١/٨ وما بعدها ، كشف الأسرار : ١٥٢٠/٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٥٧/٤ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) المراجع السابقة ، المغني : ٣٣٢/٨ .

امرأته ، فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال : ضرب الآخر فخذي امرأته بالسيف ، فإن كان بينهما أحد ، فقد قتله ، فقال لهم عمر : ما يقول ؟ قالوا : ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته ، فأصاب وسط الرجل ، فقطعه باثنين ، فقال عمر : إن عادوا فعد »[1] .

وإذا كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها . وإن كانت مكرهة فعليه القصاص .

ولا بد من البينة كما بينا في حكم الدفاع . وفي البينة روايتان عند الحنابلة : في رواية : أنها أربعة شهداء لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته ، فإذا مع امرأته رجل ، فقتلها وقتله ، قال علي : إن جاء بأربعة شهداء ، وإلا فليعط برمته أي تضمن ديته . ولما روى أبو هريرة « أن سعد بن عبادة قال : يا رسول الله ، أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله ، حتى آتي بأربعة شهداء ؟ فقال النبي ﷺ : نعم »[2] .

وفي رواية أخرى : إنه يكفي شاهدان ، لأن البينة تشهد على وجوده على المرأة ، وهذا يثبت بشاهدين ، وإنما الذي يحتاج إلى أربعة هو الزنا ، وهذا لا يحتاج إلى إثبات الزنا .

فإن لم تكن بينة فادعى الزوج علم ولي المرأة بالزنا ، فالقول قول الولي بيمينه ، عند الحنابلة .

الاطلاع على داخل البيوت :

لو اطلع إنسان بدون إذن على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه ، فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود ، فقلع عينه ، فلا مسؤولية عليه جنائياً ولا مدنياً أي

---

(١) رواه هشيم عن مغيرة عن إبراهيم ، وأخرجه سعيد بن منصور .

(٢) أخرجه الطبراني من حديث عبادة بن الصامت (فتح الباري : ١٥٤/١٢)

لا قصاص ولا دية عند الشافعية والحنابلة[1]، لقوله ﷺ: « لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن، فخذفته[2] بحصاة، ففقأت عينه، ما كان عليك جناح »[3]. وقوله عليه السلام: « من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم، فقد حل لهم أن يفقؤوا عينه »[4] وفي لفظ « من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم، ففقؤوا عينه، فلا دية له ولا قصاص »[5].

هذا إذا رماه بشيء خفيف كحصاة. أما إذا رمى صاحب الدار الناظر بما يقتله عادة كحجر قاتل، أو حديدة ثقيلة، أو نشاب، فيلزم بالقصاص، أو الدية عند العفو عنه؛ لأن له ما يقلع به العين المبصرة التي حصل الأذى منها، دون ما يتعدى إلى غيرها.

فإن لم يندفع الناظر بالشيء اليسير، جاز ـ كما في الصيال ـ رميه بأشد منه، حتى القتل، سواء أكان الناظر في الطريق، أم في ملك نفسه، أم في غيرهما. وقد بين النبي ﷺ الحكمة من منع الاطلاع على البيوت فقال: « إنما جعل الاستئذان من أجل البصر »[6].

وقال الحنفية والمالكية[7]: يسأل جنائياً صاحب الدار في هذه الحالة، فيجب عليه القصاص أو الدية لقوله عليه الصلاة والسلام: « في العين نصف الدية »[8]،

---

(١) مغني المحتاج: ١٩٧/٤ وما بعدها، المهذب: ٢٢٥/٢، أعلام الموقعين: ٣٣٦/٢، المغني: ٣٣٥/٨.

(٢) الخذف: الرمي بالحصاة، والحذف: الرمي بالعصا، لا بالحصا.

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة.

(٤) رواه أحمد.

(٥) رواه أحمد والنسائي.

(٦) رواه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي عن سهل بن سعد.

(٧) تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه: ١١٠/٦، الفتاوى الهندية: ٧/٦، رد المحتار على الدر: ٣٩٠/٥، تكملة فتح القدير: ٢٦٩/٨، مجمع الضمانات: ص ١٦٩، القوانين الفقهية: ص ٣٥١، رحمة الامة بهامش الميزان للشعراني: ١٥٩/٢، ط البابي الحلبي.

(٨) أخرجه أبو داود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة، وابن الجارود وابن حبان وأحمد (سبل السلام: ٢٤٤/٣).

ولأن مجرد النظر بالعين لا يبيح الجناية على الناظر، كما لو نظر من الباب المفتوح، وكما لو دخل منزله، ونظر فيه، أو نال من امرأته ما دون الجماع، لم يجز قلع عينه، فمجرد النظر أولى.

ويلاحظ أن الاختلاف بين الرأيين هو فيمن نظر من خارج الدار، أما لو أدخل شخص رأسه، فرماه صاحب الدار بحجر، ففقأ عينه، فلا يضمن اجماعاً.

حكم الدفاع عن المال:

قرر جمهور الفقهاء أن الدفاع عن المال جائز، لا واجب، سواء أكان المال قليلاً أم كثيراً، إذا كان الأخذ بغير حق، ولا قصاص على المدافع إن التزم الدفع بالأسهل فالأسهل، لما رواه أبو هريرة. قال: «جاء رجل، فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: فلا تعطه مالك (وفي لفظ: قاتل دون مالك)، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: قاتله، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: فأنت شهيد، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: هو في النار»[1] قال العلماء: فإن قتله فلا ضمان عليه، لعدم التعدي منه عليه، والحديث عام لقليل المال وكثيره.

وسبب التفرقة بين الدفاع عن المال، والدفاع عن النفس أو العرض عند القائلين بوجوب الدفاع عن غير المال: هو أن المال مما يباح بالإباحة والإذن، أما النفس فلا تباح بالإباحة.

وقال بعض المالكية: لا يجوز الدفاع عن المال إذا كان شيئاً يسيراً. ولكن ظاهر الأحاديث السابقة وعمومها يرد على التفرقة بين القليل والكثير كما بينا.

---

(١) رواه مسلم وأحمد (نصب الراية: ٣٤٨/٤ وما بعدها) قال ابن تيمية في منتهى الأخبار: فيه من الفقه أنه يدفع بالأسهل فالأسهل (نيل الأوطار: ٣٢٦/٥).

وقال بعض العلماء : إن المقاتلة عن المال واجبة . وهذا رأي المالكية بعد الإنـذار كما أوضحنا[1] .

وفرق الشافعية[2] بين أنواع الأموال فقالوا : لا يجب الدفع عن مال لا روح فيه ، لأنه يجوز إباحته للغير. أما ما فيه روح : فيجب الـدفع عنـه إذا قصـد إتلافـه ، مـالم يخش على نفسـه أو عرضـه ، لحرمـة الروح ، حتى لو رأى أجنبي شخصـاً يتلف حيوان نفسه إتلافاً محرماً ، وجب عليه دفعه على الأصح . وكذلك يجب عليه الدفع عن مـال متعلق به حق الغير كرهن وإجارة .

لكن أضاف الشافعية : لو سقطت جرة ولم تنـدفع عنـه إلا بكسرهـا ، ضمنهـا في الأصح ، إذ لا قصد لها ولا اختيار، حتى يحال السبب عليها ، فصـار المـدافع عن المـال كالمضطر إلى طعام غيره ، يأكله ويضمنه .

---

(١) الدر المختار وحـاشيتـه : ٣٨٨/٥ ، مواهب الجليل : ٣٢٣/٦ ، الشرح الكبير : ٣٥٧/٤ ، نيل الأوطـار : ٣٢٦/٥ ، المغني : ٣٢٩/٨ وما بعدها .

(٢) المهذب : ٢٢٤/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ١٩٥/٤ وما بعدها .

الفصل التاسع

اللقطة واللقيط

اللقطة لغة بسكون القاف أو فتحها : ما وجد بعد طلب أي ما يلتقط ، قال تعالى : ﴿ فالتقطه آل فرعون ﴾ وهي بهذا المعنى اللغوي العام تشمل ما يلتقطه الإنسان من بني آدم أو الأموال ، أو الحيوان . واللقَطة بفتح القاف أيضاً : الكثير الالتقاط .

إلا أن الحنفية وغيرهم ميزوا في بحوثهم الفقهية بين اللقيط ، واللقطة ، والضالة . لذا نذكر معنى اللقيط ، وأحكامه ، ومعنى اللقطة وأحكامها ، ونبين نوعي اللقطة : لقطة الأموال ، ولقطة الحيوان أي الضالة ، ونختم البحث بمعرفة ما يصنع باللقطة . ويكون الكلام في مبحثين :

المبحث الأول ـ حقيقة اللقيط وأحكامه :

اللقيط لغة : هو ما يلقط أي يرفع من الأرض ، وعرفاً : هو الطفل المفقود المطروح على الأرض عادة ، خوفاً من مسؤولية إعالته ، أو فراراً من تهمة الريبة أو الزنا فلا يعرف أبوه ولا أمه ، أو لسبب آخر .

أحكامه : الالتقاط عند الحنفية مندوب إليه وهو من أفضل الأعمال ؛ لأنه يترتب عليه إحياء النفس ، ويكون فرض كفاية إن غلب على الظن هلاك الولد لو لم يأخذه ، كأن وجد في مغارة ونحوها من المهالك ، لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته .

وقال باقي الأئمة : التقاط الولد فرض كفاية إلا إذا خاف هلاكه ففرض عين .

وهناك أحكام فرعية أخرى تتعلق باللقيط منها[1] :

١ ـ إن الملتقط أولى بإمساك اللقيط من غيره : فإن شاء تبرع بتربيته والإنفاق عليه ، وإن شاء رفع الأمر إلى الحاكم ، ليأمر أحداً بتربيته على نفقة المال ؛ لأن بيت المال معدّ لحوائج جميع المسلمين ... هذا إذا لم يكن للقيط مال ، فإن كان له مال ، بأن وجد الملتقط معه مالاً ، فتكون النفقة من مال اللقيط ؛ لأنه غير محتاج إليه ، فلا يثبت حقه في بيت المال ، وهذا الحكم مجمع عليه بين العلماء[2] .

ولو أنفق عليه الملتقط من مال نفسه : فإن أنفق بإذن القاضي ، فله أن يرجع على اللقيط بعد بلوغه ، وإن أنفق بغير إذن القاضي يكون متبرعاً ، ولا يرجع على اللقيط بما أنفق عليه بعد استكماله البلوغ .

واللقيط كاللقطة أمانة في يد الملتقط .

٢ ـ إن الولاية على اللقيط في نفسه وماله للقاضي : أي بالنسبة للحفظ والتعليم والتربية والتزويج والتصرف في ماله ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطان ولي من لا ولي له[3] » وليس للملتقط ولاية التزويج أو التصرف في المال .

---

(١) راجع المبسوط : ٢٠٩/١٠ وما بعدها ، البدائع : ١٩٧/٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٤١٧/٤ ، تبيين الحقائق : ٢٩٧/٣ ،الدر المختار : ٣٤٣/٣ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٤١ ، مجمع الضمانات : ص ٢١١ وما بعدها .

(٢) المغني : ٦٨٣/٥ ، بداية المجتهد : ٣٠٥/٢ ، مغني المحتاج : ٤٢١/٢ .

(٣) رواه خمسة من الصحابة : عائشة ، وابن عباس ، وعلي ، وعبد الله بن عمرو ، وجابر ، فحديث عائشة أخرجه أصحاب الكتب الستة والشافعي وأحمد بلفظ : « لانكاح إلا بولي ، وأيما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فإن لم يكن لها ولي ، فالسلطان ولي من لاولي له » وحديث ابن عباس أخرجه ابن ماجه بلفظ : « لانكاح إلا بولي ، والسلطان ولي من لاولي له » وهكذا .. (راجع تخريج وتحقيق أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الاستاذ الكتاني : ٥١٠/٣ ، نصب الراية : ١٦٧/٣) .

وإذا زوج الحاكم اللقيط فالمهر يدفع من بيت المال ، إلا إذا كان للقيط مال ، فيكون في ماله . كذلك يدفع للقيط من بيت المال ما يحتاج إليه من نفقة وكسوة ودواء ونحوها ، وهو مروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، ولأن بيت المال معد للصرف إلى مثله من المحتاجين ، كالمقعد الذي لا مال له ، ولأن ميراثه لبيت المال ، والخراج بالضمان أي لبيت المال غنمه أي (ميراثه) وديته ، وعليه غرمه .

٣ ـ **إن اللقيط حر مسلم :** لأن الأصل في الإنسان إنما هو الحرية ، والأصل بقاء ما كان حتى يوجد ما يغيره ، ولأن الدار دار إسلام ودار حرية ، فمن كان فيها يكون حراً بمقتضى الأصل العام ، إذ هو الحكم الغالب والأمر الظاهر ، ويكون أيضاً مسلماً تبعاً لدار الإسلام .

وبناء عليه ، إذا وجد اللقيط مسلم في بلد إسلامي يكون مسلماً ، حتى لو مات يغسل ويصلى عليه ، ويدفن في مقابر المسلمين ، أما إذا وجده ذمي أو مسلم في بيعة النصارى أو كنيسة اليهود أو في قرية ليس فيها مسلم يكون ذمياً تحكيماً للظاهر . ولو وجده ذمي في بلد إسلامي يكون مسلماً ، أي أن العبرة للمكان .

وفي رواية النوادر عند ابن سماعة : ينظر إلى حال الواجد من كونه مسلماً أو ذمياً ولا يلتفت إلى المكان ؛ لأن اليد (أي الحيازة) أقوى من المكان ، بدليل أن تبعة الأبوين فوق تبعة الدار .

وفي رواية أخرى يكون اللقيط مسلماً بحسب حال الواجد ، أو المكان .

قال الكاساني : والصحيح هذه الرواية ، فإذا وجده مسلم في بلد إسلامي كان مسلماً تبعاً للدار ، وإذا وجده كافر في دار الإسلام كان مسلماً ، أو وجده ذمي أو مسلم في كنيسة كان ذمياً[1] .

---

(١) البدائع : ١٩٨/٦ .

وإذاً تكون الأقوال ثلاثة : العبرة للمكان ، أو العبرة للواجد ، أو العبرة للمكان أو الواجد ، والقول الثالث هو الأصح عند الحنفية .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا وجد لقيط بدار الإسلام فهو مسلم ، وإن وجد بدار الكفار فكافر إن لم يسكنها مسلم كأسير وتاجر ، فإن سكنها مسلم فهو مسلم في الأصح[1] تغليباً للإسلام ، بدليل ما روى أحمد والدارقطني : « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » .

٤ ـ **حكم النسب :** يعتبر اللقيط مجهول النسب ، حتى لو ادعى إنسان نسبة اللقيط تصح دعوته ، ويثبت النسب منه . وبناء عليه : لو ادعى الملتقط أو غيره أن اللقيط ابنه تسمع دعواه من غير بينة ، والقياس ألا تسمع إلا ببينة .

وجه القياس ظاهر ، وهو أنه يدعي أمراً يحتمل الوجود وعدمه ، فلا بد من ترجيح أحد الجانبين على الآخر بمرجح ، وذلك بالبينة . ولم توجد .

ووجه الاستحسان : أن هذا الادعاء إقرار بما ينفع اللقيط ؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بفقده ، وتصديق المدعي في مثل هذا لا يتطلب البينة . لكن لو ادعى نسبه ذمي تقبل دعواه ، ويثبت نسبه منه ، لكنه يكون مسلماً ؛ لأن ادعاء النسب يقبل فيما ينفع اللقيط لا فيما يضره ، ولا يلزم من كونه ابناً له أن يكون كافراً ، كما لو أسلمت أمه مثلاً ، فيلحق الولد خير الأبوين ديناً ، كما هو معروف .

ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما ، ولا بينة لهما ، فإن كان أحدهما مسلماً ، والآخر ذمياً ، فالمسلم أولى بثبوت نسبه منه ؛ لأنه أنفع للقيط .

وإن كان المدعيان مسلمين حرين : فإن وصف أحدهما علامة في جسد الولد ، فهو أحق به عند الحنفية ؛ لأن ذكر العلامة يدل على أنه كان في يده ، فالظاهر أنه

---

(١) مغني المحتاج : ٤٢٢/٢ ، المغني : ٦٨١/٥ .

له ، فيترجح بها ، بدليل قوله تعالى مخبراً عن أهل امرأة عزيز مصر : ﴿ إن كان قميصه قدّ من قُبُل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قدّ من دُبُر ، فكذبت وهو من الصادقين ﴾ .

وإن لم يصف أحدهما علامة ، أو أقام كل منهما البينة ، يحكم بكونه ابناً لهما ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر ، وقد روي عن سيدنا عمر في مثل هذا أنه قال : إنه ابنهما يرثها ويرثاه .

وإن ذكر أحدهما بينة ، والآخر علامة ، فصاحب البينة أولى ؛ لأنه ترجح جانبه بمرجح .

وقال الشافعية : إن ادعى اللقيط اثنان ولم يكن لأحدهما بينة ، عرض اللقيط على القائف[1] فيلحق من ألحق به ؛ لأن في إلحاقه أثراً في الانتساب عند الاشتباه[2] .

وإن ادعت امرأة أن اللقيط ابنها : فإن لم يكن لها زوج ، لا يصح ادعاؤها ؛ لأن فيه حمل نسب شخص على الغير وهو الزوج ، وهو لا يجوز . وإن كان لها زوج فصدقها في ادعائها أو شهدت لها القابلة ، أو شهد لها شاهدان ، ثبت النسب منها .

ولو ادعته امرأتان ، وأقامت إحداهما البينة فهي أولى به ، وإن أقامت كل منهما البينة ، فهو ابنهما عند أبي حنيفة . وعند أبي يوسف : لا يكون لواحدة منهما . وعن محمد روايتان : في رواية يجعل ابنهما ، وفي رواية : لا يجعل ابن واحدة منهما .

---

(١) القائف جمع قافة : وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ، والقائف : من عرفت منه معرفة الأنساب بالشبه ، وتكررت منه الإصابة . والأصل في القائف : هو الذي يتبع الآثار والأشباه ويقفوها ، أي يتبعها ، فهو المتبع للشيء .

(٢) مغني المحتاج : ٤٢٨/٢ .

المبحث الثاني ـ اللقطة وأحكامها ونوعاها وما يصنع بها :

ينقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة :

المطلب الأول ـ معنى اللقطة وأحكامها :

اللقطة ـ بضم اللام وفتح القاف أو سكونها ، وحكى ابن مالك فيها أربع لغات : وهي لقاطة ، ولقطة بضم اللام وسكون القاف ، وبضم اللام وفتح القاف ، ولقط بفتح اللام والقاف بلا تاء مربوطة . وقال الخليل بن أحمد : هي بفتح القاف وصف مبالغة لاسم الفاعل : وهو الملتقط ، مثل هُمَزة ولُمَزة ، وبسكون القاف وصف مبالغة لاسم المفعول : مثل ضُحْكة للذي يضحك منه ، وهُزْأة للذي يهزأ به ، وإنما قيل للمال الملتقط لقطة ؛ لأن طباع النفوس في الغالب تبادر إلى التقاطه ؛ لأنه مال .

وهي شرعاً كما قال ابن قدامة الحنبلي : المال الضائع من ربه يلتقطه غيره . وبنحوه في التتارخانية من كتب الحنفية : هي مال يوجد ، ولا يعرف مالكه ، وليس بمباح كمال الحربي .

أحكامها : للقطة أحكام من حيث الندب ومن حيث الضمان وغيرهما :

١ ـ **أما حكمها من حيث الندب وغيره :** فهو مختلف فيه عند الفقهاء : فقال الحنفية والشافعية : الأفضل الالتقاط ؛ لأن من واجب المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم : « والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه »[١] .

وقال المالكية والحنبلية بكراهية الالتقاط ، لقول ابن عمر وابن عباس ، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام ، ولما يخاف أيضاً من التقصير فيا يجب لها من تعريفها

---

(١) رواه مسلم عن أبي هريرة (شرح مسلم : ٢١/١٧) .

وردها لصاحبها وترك التعدي عليها[1] .

هذا هو الحكم العام ، ثم فصل علماء كل مذهب تفصيلات مذهبية يهمنا منها أن نشير إلى مذهب الحنفية ، ومثلهم الشافعية ، فإنهم قالوا : يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه إذا خاف ضياع اللقطة لئلا يأخذها فاسق ، فإن لم يخف ضياعها فالتقاطها مباح ، وإن علم من نفسه الخيانة بأن يأخذ اللقطة لنفسه ، لا لصاحبها فيحرم الالتقاط ، لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لا يأوي الضالة إلا ضال »[2] .

وأما حكمها من حيث الضمان وعدمه : فقال الحنفية : اللقطة أمانة في يد الملتقط لا يضمنها إلا بالتعدي عليها ، أو بمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب ، وذلك إذا أشهد الملتقط على أنه يأخذها ليحفظها ويردها إلى صاحبها ؛ لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ، قال ﷺ : « من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل »[3] . وهو أمر يقتضي الوجوب ، ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه ، ويكفيه للإشهاد أن يقول : من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي .

وكذلك تكون أمانة إذا تصادق صاحب اللقطة والملتقط أنه التقطها ليحفظها للمالك .

فإن لم يشهد الملتقط ولم يتصادقا ، وإنما قال الآخذ : أخذتها للمالك وكذبه

---

(١) راجع البدائع : ٢٠٠/٦ ، فتح القدير : ٤٢٣/٤ ، الدر المختار : ٤٠٦/٣ ، بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٤٠٦/٢ ، المغني : ٦٣٠/٥ .

(٢) رواه مسلم وأحمد عن زيد بن خالد بلفظ « لا يأوي الضالة إلا ضال مالم يعرفها » ورواه أحمد وأبو داود وابن ماجه بلفظ « لا يأوي الضالة إلا ضال » (نيل الأوطار : ٣٣٨/٥ ، ٣٤٤ ، سبل السلام : ٩٤/٣) .

(٣) رواه أحمد وابن ماجه عن عياض بن حمار ، ورواه أيضاً أبو داود والنسائي والبيهقي والطبراني وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان (نيل الأوطار : ٣٣٨/٥ ، نصب الراية : ٤٦٦/٣ ، سبل السلام : ٩٦/٣ ، الالمام : ص ٣٧٠) .

المالك يضمن اللقطة عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه ، لا للمالك .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : اللقطة أمانة ولكن لا يشترط الإشهاد على اللقطة وإنما يستحب فقط ، وإذا لم يشهد الآخذ فلا يضمن عندهم وعند أبي يوسف أيضاً ؛ لأن اللقطة وديعة ، فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ، بدليل ما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال : «إن جاء صاحبها ، وإلا فلتكن وديعة عندك»[1] .

وأما عدم اشتراط الإشهاد ، فلأن الرسول ﷺ أمر زيد بن خالد وأبي بن كعب بتعريف اللقطة فقط دون الإشهاد[2] ، ومن المعلوم أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، فلو كان الإشهاد واجباً لبينه النبي ﷺ حينما سئل عن حكم اللقطة ، وحينئذ تعين حمل الأمر بالإشهاد في حديث عياض الذي استدل به الحنفية على الندب والاستحباب فقط[3] .

أ ـ وبناء على رأي أبي حنيفة ومحمد : لو أخذ الشخص اللقطة ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه ، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية ؛ لأنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها ، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع . فصار كأنه لم يأخذها أصلاً . هذا إذا كان المالك قد صدق الملتقط أنه أخذها ليحفظها ، أو كان الملتقط قد أشهد على ذلك ثم ضاعت . فإن كان لم يشهد يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة ومحمد .

---

(١) حديث سليمان رواه مسلم (نيل الأوطار ، المرجع السابق : ص ٣٤١ ، الإلمام بأحاديث الأحكام : ص ٣٧١ ، شرح مسلم : ٢٥/١٢) .

(٢) حديث زيد رواه البخاري ومسلم وأحمد كما أشرنا سابقاً ، وحديث أبي بن كعب رواه مسلم وأحمد والترمذي (نيل الأوطار : المرجع السابق : ص ٣٣٨ وما بعدها) .

(٣) المبسوط : ١٢/١١ ، فتح القدير ، المرجع السابق ، البدائع : ٢٠١/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٠١/٢ ، مجمع الضمانات : ص ٢٠٩ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٣٠٣/٢ وما بعدها ، الشرح الكبير : ١٢١/٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣٤٢ ، مغني المحتاج : ٤٠٧/٢ ، المغني : ٦٤٤/٥ ، ٦٤٧ ، القواعد لابن رجب : ص ٥٣ .

وعند أبي يوسف : لا يجب الضمان ، سواء أشهد أم لم يشهد ، ويكون القول قول الملتقط بيمينه أنه أخذها ليحفظها لصاحبها .

وقال مالك : لا ضمان على من رد اللقطة إلى موضعها ، لما روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً : « أرسله حيث وجدته » . ولكن المشهور في مذهب المالكية أن الملتقط يضمن اللقطة إذا ردها لموضعها أو لغيره بعد أخذها للحفظ .

ورأى الشافعية والحنابلة : أنه إذا أخذ اللقطة إنسان ، ثم ردها إلى موضعها ضمنها ؛ لأنها أمانة صارت في يده ، فلزمه حفظها ، فإذا ضيعها لزمه ضمانها كما لو ضيع الوديعة .

فصار رأي الجمهور هو وجوب الضمان برد اللقطة إلى مكانها .

ب ـ ويضمن الملتقط اللقطة إذا دفعها إلى غيره بغير إذن القاضي ؛ لأنه يجب عليه حفظها بنفسه ، بالتزامه الحفظ بالالتقاط .

جـ ـ فإن هلكت اللقطة في يد الملتقط : فإن أشهد على اللقطة ، بأن قال للناس :

« إني وجدت لقطة ، فمن طلبها فدلوه علي » : فإنه لا يضمن . وإن لم يشهد فعند أبي حنيفة ومحمد : يضمن . وعند أبي يوسف : لا يضمن إذا كان قد أخذ اللقطة ليردها إلى صاحبها ، ويحلف على فعله إن لم يصدقه صاحبها ، كما ذكرنا قريباً .

د ـ ولو أقر الملتقط أنه كان قد أخذ اللقطة ليمتلكها لنفسه ، لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك ؛ لأنه ظهر أنه أخذها غصباً ، فكان الواجب عليه الرد إلى المالك[1] لقوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »[2] .

---

(١) راجع البدائع : ٢٠١/٦ ، المبسوط : ١١/١١ ، ١٣ ، بداية المجتهد : ٣٠٤/٢ ، المغني : ٦٩٤/٥ ، مغني المحتاج : ٤١١/٢ .

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن الحسن بن سمرة ، وصححه الحاكم (نيل الأوطار : ٢٩٨/٥ ، نصب الراية : ١٦٧/٤) .

المطلب الثاني ـ نوع اللقطة وما يصنع بها :

اللقطة نوعان : لقطة غير الحيوان : وهو المال الساقط الذي لا يعرف مالكه ، ولقطة الحيوان : وهو الضالة من الإبل والبقر والغنم من البهائم .

وحكم لقطة الحيوان : أنه يجوز التقاطها عند الحنفية والشافعية في الأصح عندهم ، لحفظها لصاحبها صيانة لأموال الناس ومنعاً من ضياعها ووقوعها في يد خائنة .

وقال مالك : يكره التقاط ضالة الحيوان ، ولقطة المال أيضاً[1] ، لما رواه أصحاب الكتب الستة عن زيد بن خالد الجهني ، قال : « سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق[2] ، فقال اعرف وكاءها ، وعفاصها[3] ، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها[4] ، ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فأدها إليه » . وسأله رجل عن ضالة الإبل ، فقال : « مالك ولها ، دعها ، فإن معها حذاءها وسقاءها[5] ترد الماء ، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها . وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك ، أو لأخيك أو للذئب »[6] .

وروى أبو داود وأحمد وابن ماجه عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت ، فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يأوي الضالة إلا

---

(١) المبسوط : ١١/١١ ، البدائع : ٢٠٠/٦ ، فتح القدير : ٤٢٨/٤ ، تبيين الحقائق : ٣٠٥/٣ ، بداية المجتهد : ٢٩٩/٢ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٤٠٩/٢ ، المغني : ٦٣١/٥ .

(٢) الورق ـ بفتح الواو وكسر الراء هو الفضة .

(٣) الوكاء : الخيط الذي يشد به الوعاء الذي تكون فيه النفقة ، والعفاص بكسر السين وتخفيف الفاء : هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو غيره .

(٤) أي اما أن تستهلكها وتغرم بدلها ، واما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يجيء صاحبها فتعطيها إياه .

(٥) الحذاء : أي الخف ، والسقاء أي الجوف ، وقيل : العنق ، والمراد أنها تستغني عن الحفظ .

(٦) راجع نصب الراية : ٤٦٨/٣ ، نيل الأوطار : ٣٣٨/٥ ، شرح مسلم : ٢٠/١٢ .

ضـال »[1] وقـال ﷺ : «إن ضـالـة المسلم حرق النـار»[2] أي تـؤدي بـه إلى النـار إذا تملكها .

وأخرج مسلم وأحمـد والترمـذي عن أبي بن كعب في حـديث اللقطـة أن النبي ﷺ ، قال : « عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدّتها ووعـائهـا ووكائهـا ، فـأعطهـا إياه ، وإلا فاستمتع بها »[3] .

وأجاب الفريق الأول عن الأحاديث بأن حكمها كان في المـاضي حين غلبـة أهل الصلاح والأمانة ، فلا تصل إليها يد خائنة ، أما في زماننا فنظراً لكثرة الخيانة يكون في أخذها حفظها على صاحبها .

وهذا كله ماعدا لقطة الحج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطهـا لنهيـه عليه السلام عن ذلك[4] ، ولا يجوز لقطـة مكـة أيضـاً ، لقولـه ﷺ في بلـد مكـة يوم الفتح : « ولا تحل لقطتها إلا لمعرِّف » وفي لفظ : « ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد »[5] .

وأما ما يصنع باللقطة : فهو أن الملتقط يعرفهـا ، لمـا روى البخـاري ومسلم عن زيد بن خالـد الجهني ، قـال : « سـأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطـة : فقـال :

---

(١) في رواية : « لا يـأوي » رواه أحمد وأبو داود وابن مـاجـه (راجع نيل الأوطـار ، المرجع السـابق : ص ٣٤٤ ، سبل السلام : ٩٤/٣) .

(٢) رواه الطبراني في كبيره عن عصمة ، وفيه أحمد بن راشد وهو ضعيف وأخرجه أحمد وابن ماجه والطحـاوي وابن حبان وغيرهم عن عبد الله بن الشخير (مجمع الزوائد : ١٦٧/٤ ، سبل السلام : ٩٤/٣) .

(٣) نصب الراية : ٤٦٧/٣ ، نيل الأوطار : ٣٣٩/٥ ، الوعاء : مايجعل فيه المتاع ، والوكاء : الخيـط الـذي يشـد بـه الصرة والكيس ونحوهما .

(٤) رواه أحمد ومسلم عن عبد الرحمن بن عثمان قـال : نهى رسول الله ﷺ عن لقطـة الحج (شرح مسلم : ٢٨/١٢ ، سبل السلام : ٩٦/٣) .

(٥) أخرجـه البخـاري ومسلم عن ابن عبـاس بلفـظ : « ولا تلتقـط لقطـة إلا من عرفهـا » وفي لفـظ « إلا لمعرف » وأخرجها أيضـاً عن أبي هريرة بلفـظ : « ولا تحل سـاقطتهـا إلا لمنشـد » (راجع نصب الرايـة : ٤٦٧/٣ ، نيل الأوطار : ٢٤/٥) .

عرفها سنة » وقال عليه السلام أيضاً : « لا تحل اللقطة ، فمن التقط شيئاً فليعرِّف سنة » الحديث[1] .

والكلام عن تعريف اللقطة يستتبع بحث كيفية التعريف ، ومدة التعريف ، ومكان التعريف ، ونفقات التعريف ، وما تحتاجه الضالة ، وشرط ردِّ اللقطة إلى صاحبها ، وحكم تملكها :

١ ـ كيفية تعريف اللقطة وحكم بيان المعرِّف : المراد بتعريف اللقطة : هو المناداة عليها ، أو الإعلان عنها حيث وجدها ، وفي المجتمعات العامة كالأسواق وأبواب المساجد ، والمقاهي ، ونحوها . وتعريفها : يكون بذكر بعض أوصافها كأن يذكر جنسها ، فيقول :

« من ضاع له نقود ، أو ثياب » ونحوه ، وأن يبين وعاءها أو وكاءها الذي يربط به كيسها ، ولا يصف أوصافها التفصيلية لأنه لو وصفها ، لعلم صفتها من يسمعها ، فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها .

ويجب على الملتقط عند الجمهور تعريف اللقطة ؛ لأن ظاهر أمر الرسول ﷺ لزيد بن خالد في قوله : « عرفها سنة » يقتضي الوجوب ، إذ ظاهر الأمر للوجوب ، كما هو معروف عند علماء الأصول .

وقال أكثر الشافعية : لا يجب تعريفها لمن أراد حفظها لصاحبها ؛ لأن الشرع إنما أوجب التعريف إذا كان بقصد التملك ، لكن المعتمد عندهم وجوب التعريف . وبه اتفقت المذاهب الأربعة على وجوب الإعلان عن اللقطة أو تعريفها .

---

(١) أخرجه البزار في مسنده والدارقطني في سننه عن أبي هريرة (راجع لهذا وما قبله الذي سبق تخريجه : نصب الراية : ٤٦٦/٣ ، نيل الأوطار : ٣٣٨/٥ ، سبل السلام : ٩٤/٣ ، شرح مسلم : ٢٦/١٢) .

وللملتقط أن يتولى تعريفها بنفسه ، أو يستنيب عنه أحداً يقوم بالتعريف[1] .

٢ ـ **مدة التعريف** : اتفق العلماء على أن لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد عن العمران أن يأكلها ، لقوله ﷺ في الشاة :« هي لك أو لأخيك أو للذئب » . واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ .

قال جمهور العلماء : إنه يضمن قيمتها ، إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه[2] .

وقال مالك في أشهر أقواله : إنه لا يضمن أخذاً بظاهر هذا الحديث .

وأما غير ضالة الغنم : فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له أهمية وشأن مدة سنة ؛ لأن النبي ﷺ أمر بتعريف اللقطة سنة واحدة كما عرفنا .

وما رواه البخاري ومسلم في حديث أُبي من تعريف اللقطة ثلاثة أحوال (أعوام) أو أربعة أو عشرة ، هو غلط من بعض الرواة كما حقق ابن الجوزي ، أو هو محمول على مريد الورع عن التصرف في اللقطة[3] .

وأما الشيء الحقير : فقال الشافعية : الأصح أن الشيء الحقير أي القليل المتمول وهو بقدر الدينار أو الدرهم لا يعرَّف سنة ، لقول عائشة : « لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به » وقدر بما لا تقطع به يد السارق وهو ربع دينار عند الجمهور ، وعشرة دراهم عند الحنفية ، بل يعرف زمناً يظن أن فاقده يعرض عنه غالباً ، وهذا هو

---

(١) الدر المختار : ٣٥٠/٣ ، فتح القدير : ٤٢٦/٤ ، الشرح الكبير للدردير : ١٢٠/٤ ، مغني المحتاج : ٤١١/٢ ، ٤١٣ ، المهذب : ٤٢٩/١ ، المغني : ٦٣١/٥ ، ٦٣٣ وما بعدها ، نيل الأوطار : ٣٤٠/٥ ، نهاية المحتاج للرملي : ٣٦٢/٤ .

(٢) هذا حديث رواه الحاكم وابن حبان في صحيحه وأحمد والبزار بلفظ مقارب عن أبي حميد الساعدي ، ورواه أحمد أيضاً بهذا اللفظ عن عمرو بن يثربي ، وفي معناه أحاديث كثيرة (سبل السلام : ٦٠/٣ وما بعدها ، مجمع الزوائد : ١٧١/٤) .

(٣) راجع نصب الراية : ٤٦٧/٣ ، نيل الأوطار : ٣٤٠/٥ وما بعدها .

الراجح عند المالكية . وفي رواية عن أبي حنيفة : مضمونها إن كانت قيمة الشيء أقل من عشرة دراهم أي دينار يعرفه أياماً بحسب ما يرى ، وإن كانت عشرة دراهم فصاعداً عرّفها حولاً ، إلا أن هذه الرواية ليست هي ظاهر الرواية عند الحنفية فقد قال الطحاوي : وإذا التقط لقطة فإنه يعرفها سنة ، سواء أكان الشيء نفيساً أم خسيساً في ظاهر الرواية .

وظاهر الرواية عند الحنفية هو ظاهر المذهب عند الحنابلة[1] .

وأما الشيء التافه فقد قال الفقهاء : لا خلاف في إباحة أخذ اليسير من الأشياء والانتفاع به من غير تعريف كالتمرة والكسرة والخرقة ؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له : « لو لم تأتها لأتتك » ورأى النبي ﷺ تمرة فقال : « لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها »[2] ويلاحظ أن الأمر باكال مدة التعريف إذا كانت اللقطة مما لا يتسارع إليها الفساد ، فإن كانت مما يتسارع بها تصدق بها أو أنفقها على نفسه عند الحنفية .

وعند الشافعية : يتخير الملتقط بين أن يبيعها ليمتلك ثمنها بعد التعريف ، أو يتملكها في الحال ويأكلها ويغرم قيمتها .

٣ ـ مكان التعريف : تعرّف اللقطة في الأسواق وأبواب المساجد ومجامع الناس ؛ لأن المقصود إشاعة خبرها واظهارها ليعلم بها صاحبها ، ولا ينشدها في المسجد ؛ لأن المسجد لم يبن لهذا ، قال النبي ﷺ : « من سمع رجلاً ينشد ضالة في

---

(١) بداية المجتهد : ص ٣٠١ ، ٣٠٣ ، الشرح الكبير : ١٢٠/٤ ، المغني : ٦٣٢/٥ ، ٦٣٤ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٠٢/٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٢٤/٤ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٣٩ .

(٢) ذكر ابن قدامة الحنبلي هذين الحديثين (راجع المغني : ٦٣٤/٥) روى الثاني منها البخاري ومسلم عن أنس (سبل السلام : ٩٣/٣ ، الالمام : ص ٣٧٣) .

المسجد ، فليقل : لا ردَّها الله إليه ، فإن المساجد لم تبن لهذا[1] » وأمر سيدنا عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد .

وقد بين الشافعية طريق التعريف في أثناء السنة ، فقالوا : يعرّف اللقطة ، في أول السنة كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم يعرف في كل يوم مرة ، ثم كل أسبوع مرة أو مرتين ، ثم كل شهر مرة تقريباً[2] .

٤ ـ نفقات التعريف وما تحتاجه الضالة : إذا احتاج تعريف اللقطة إلى نفقة كأجور الإعلان في الصحف في عصرنا الحاضر مثلاً ، فقد قال الحنفية والحنابلة : تكون تلك النفقة على الملتقط ؛ لأن هذا أجر واجب على المعرف نفسه ، فكان عليه كما لو قصد تملك اللقطة ، ولأنه لو تولى الملتقط تعريف اللقطة بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها ، فكذلك إذا استأجر على التعريف لا يلزم صاحبها بشيء .

وقال المالكية : إن أنفق الملتقط على اللقطة شيئاً من عنده ، فيخير صاحبها بين أن يفتديها من الملتقط بدفع نفقتها ، أو يسلم اللقطة لملتقطها مقابل نفقتها[3] .

وقال الشافعية : بما أن تعريف اللقطة واجب على الملتقط ، على ما هو المعتمد ، فإن الملتقط لا يلزم بمؤنة التعريف إن أخذ اللقطة بقصد حفظها لمالكها ، وإنما يرتبها القاضي من بيت المال[4] ، أو يقترض على المالك .

أما إن أخذ اللقطة لتملكها ، فيلزمه مؤنة التعريف ، سواء أتملكها أم لا . وهذا هو الرأي المعقول .

---

(١) رواه مسلم وأبو داود عن أبي هريرة ورواه البزار عن سعد بن أبي وقاص وأنس بن مالك وابن مسعود (راجع مجمع الزوائد : ١٧٠/٤ ، التاج : ٢١٥/١) .

(٢) البدائع : ٢٠٢/٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣٥٠/٣ ، مغني المحتاج : ٤١٣/٢ ، المغني : ٦٣٣/٥ ، الشرح الكبير للدردير : ١٢٠/٤ ، نيل الأوطار : ٣٤٠/٥ .

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ١٢٣/٤ .

(٤) مغني المحتاج : ٤١٣/٢ وما بعدها .

أما ما تحتاجه الضالة أو اللقطة من نفقة : فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها ، فلا يرجع بشيء من النفقة على صاحب اللقطة ، إلا أن الشافعية قالوا : فإن أراد الرجوع استأذن الحاكم ، فإن لم يجده أشهد على النفقة .

وكذلك قال الحنفية : ان أنفق الملتقط على اللقطة بغير إذن الحاكم فهو متبرع ، لأنه لا ولاية له على ذمة المالك في أن يشغلها بالدين بدون أمره ، وإن أنفق عليها بإذن الحاكم ، كان ما ينفقه ديناً على المالك ؛ لأن للقاضي ولاية في مال الغائب رعاية لمصالحه ، فإذا رفع الأمر إلى القاضي ينظر في الأمر : فإن كان للبهيمة منفعة ، وهناك من يستأجرها أجرها وأنفق عليها من أجرتها ؛ لأن في إجارتها رعاية لمصلحة المالك ، وإن كانت البهيمة لا منفعة لها بطريق الإجارة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها ، أمر القاضي الملتقط ببيعها وحفظ ثمنها .

وإن رأى الأصلح ألا يبيعها ، بل ينفق عليها ، أذن له في النفقة وجعل النفقة ديناً على مالكها ، فإذا حضر المالك فللملتقط أن يحبس اللقطة عنده حتى يحضر النفقة ، وإن أبى أن يؤدي النفقة باعها القاضي ، ودفع للملتقط قدر النفقات التي أنفقها[1] .

٥ ـ شرط رد اللقطة إلى صاحبها : يشترط لرد اللقطة إلى صاحبها أن يذكر علامة يميزها عن غيرها ، أو يثبت أنها له بالبينة ، أي بشهادة شاهدين ، فإذا أثبت كونها له أو ذكر علامة تميزها ، كأن يصف عفاصها (وعاءها) ووكاءها (ما تربط به من الخيول وغيرها) ووزنها وعددها ، فيحل حينئذ للملتقط أن يدفعها إليه ، وإن شاء أخذ منه كفيلاً ؛ لأن ردها إليه بالعلامة مما قد ورد به الشرع . وهذا باتفاق العلماء ، لكن هل يجبر الملتقط قضاء على رد اللقطة بمجرد وصف العلامة

---

(١) بداية المجتهد : ٣٠٤/٢ ، مغني المحتاج : ٤١٠/٢ ، البدائع : ٢٠٣/٦ ، فتح القدير : ٤٢٨/٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣٠٥/٣ ، المهذب : ٤٣٢/١ ، المبسوط : ٩/١١ ، المغني : ٦٣٣/٥ وما بعدها .

المميزة لها ، أم لا بد من البينة ؟ خلاف بين العلماء[1] .

قال الحنفية ، والشافعية على المذهب عندهم : لا يجبر الملتقط على تسليم اللقطة إلى من يدعيها بلا بينة ، لأنه مدع ، فيحتاج إلى بينة كغيره ، لقوله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر »[2] . ولأن اللقطة مال للغير ، فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة ، لكن يحل للملتقط دفع اللقطة لمن يدعيها عند إصابة العلامة عند الحنفية ، أو إذا غلب على ظن الملتقط صدق المدعي عند الشافعية ، عملا بقول الرسول ﷺ : « فإن جاء صاحبها ، وعرف عفاصها ، ووكاءها ، وعددها فأعطها إياه ، وإلا فهي لك » .

وقال المالكية والحنابلة : يجبر الملتقط على تسليم اللقطة لصاحبها إذا وصفها بصفاتها المذكورة ، سواء غلب على ظنه صدقه أم لم يغلب ، ولا يحتاج إلى بينة ، عملاً بظاهر قول النبي ﷺ : « فإن جاء أحد يخبرك بعددها ، ووعائها ، ووكائها ، فادفعها إليه » .

وفي حديث زيد السابق : « اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة فإن لم تعرف ، فاستنفقها ، وإن جاء طالبها يوماً من الدهر ، فأدِّها إليه » يعني إذا ذكر صفاتها ؛ لأن هذا هو المذكور في صدر الحديث ، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ، ولو كانت شرطاً للدفع لم يجز الإخلال به ، ولا أمر بالدفع بدونه ، ولأن إقامة البينة على اللقطة متعذر ؛ لأنها ضاعت حال الغفلة والسهو . وقول النبي ﷺ :

---

(١) فتح القدير : ٤٣١/٤ ، المبسوط : ٨/١١ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، تبيين الحقائق : ٣٠٦/٣ ، الدر المختار : ٣٥٣/٣ ، بداية المجتهد : ٣٠٢/٢ ، مغني المحتاج : ٤١٦/٢ ، المهذب : ٤٣١/١ ، المغني : ٦٤٤/٥ وما بعدها .

(٢) حديث حسن رواه البيهقي وأحمد هكذا ، وهو في الصحيحين بلفظ آخر من حديث ابن عباس (نصب الراية : ٩٥/٤ ، نيل الأوطار : ٣٠٥/٨ ، سبل السلام : ١٣٢/٤ ، الإلمام : ص ٥٢١ ، شرح مسلم : ٢/١٢) .

« البينة على المدعي » يعني إذا كان هناك منكر ، ولا منكر ههنا . وهذا هو الرأي الأرجح حقاً .

٦ ـ **حكم تملك اللقطة :** اختلف فقهاؤنا في حكم اللقطة بعد تعريفها سنة على رأيين : رأي يجيز تملكها للفقير فقط دون الغني ، ورأي يجيز تملكها مطلقاً .

فقال الحنفية[(١)] : إذا كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع باللقطة ، وإنما يتصدق بها على الفقراء سواء أكانوا أجانب أم أقارب ، ولو أبوين أو زوجة أو ولداً ، لأنه مال الغير ، فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه ، لإطلاق النصوص من قرآن وسنة ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ، وقوله : ﴿ ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » .

ولقوله ﷺ من حديث أبي هريرة : « لا تحل اللقطة ، فمن التقط شيئاً فليعرِّف سنة ، فإن جاء صاحبها ، فليردها عليه ، وإن لم يأت فليتصدق »[(٢)] .

وفي حديث عياض بن حمار المجاشعي : « من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل ، ولا يكتم ولا يغيب ، فإن وجد صاحبها فليردها إليه ، وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء » .

وأما إذا كان الملتقط فقيراً فيجوز له الانتفاع باللقطة بطريق التصدق ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « فليتصدق به » .

---

(١) المبسوط : ٤/١١ وما بعدها ، فتح القدير : ٤٣٢/٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣٠٧/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، الدر المختار : ٣٥١/٣ .

(٢) أخرجه البزار والدارقطني عن أبي هريرة (نصب الراية : ٤٦٦/٣) ورواه الطبراني من حديث يعلى بن مرة مرفوعاً ، وفيه ضعيف ، بلفظ : « فإن جاء صاحبها ، وإلا فليتصدق بها » (نيل الأوطار : ٣٣٧/٥) .

فإن عرف صاحبها بعد التصدق بها أو الانتفاع بها ، فهو بالخيار : إن شاء أمضى الصدقة ، وله ثوابها ، وإن شاء ضمن الملتقط ، وإن شاء أخذها من الفقير المتصدق عليه بها إن وجده ، وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه .

وقال جمهور الفقهاء : يجوز للملتقط أن يتملك اللقطة ، وتكون كسائر أمواله سواء أكان غنياً أم فقيراً ؛ لأنه مروي عن جماعة من الصحابة كعمر وابن مسعود وعائشة وابن عمر ، وهو ثابت بقوله ﷺ في حديث زيد بن خالد : « فإن لم تعرف فاستنفقها » وفي لفظ « وإلا فهي كسبيل مالك » وفي لفظ : « ثم كلها » وفي لفظ « فانتفع بها » وفي لفظ « فشأنك بها » وفي حديث أبي بن كعب : « فاستنفقها » ، وفي لفظ « فاستمتع بها » وهو حديث صحيح .

وحديث الحنفية عن أبي هريرة لم يثبت ، ولا نقل في كتاب يوثق به ، ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف إلى الله لا يتملكه إلا من يستحق الصدقة ، لا برهان لها ولا دليل عليها ، وبطلانها ظاهر ، فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقاً وملكاً ، قال الله تعالى : ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ .

أما طريق التملك عند الجمهور فمختلف فيه : قال الحنابلة : تدخل اللقطة في ملك الملتقط عند تمام التعريف حكماً كالميراث ، لقول النبي ﷺ : « فإذا جاء صاحبها ، وإلا فهي كسبيل مالك » ولقوله : « فاستنفقها » ولو توقف ملكها على تملكها لبين الرسول له المطلوب .

وقال المالكية : يملكها الملتقط بأن ينوي تملكها ، أي تجديد قصد التملك ، لعدم الإيجاب من الغير .

وقال الشافعية : يملكها الملتقط باختياره التملك بلفظ من ناطق يدل عليه مثل : تملكت ما التقطته ؛ لأن تملكها تمليك ببدل ، فافتقر إلى اختيار التملك ، كما يتملك الشفيع بالشفعة .

واتفق العلماء إلا أهل الظاهر على أن الملتقط إذا أكل اللقطة ، ضمنها لصاحبها[1] .

لقطة الحل والحرم : رأى جمهور الفقهاء أن الأحكام المذكورة في تعريف اللقطة تنطبق على ما إذا كانت اللقطة في مكة وغيرها من البلدان ؛ لأن اللقطة أمانة ، فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة ، ولأن الأحاديث الواردة في اللقطة لم تفرق بين الحل والحرم ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « اعرف عفاصها ووكاءها ، ثم عرفها سنة » وغيره .

وأما الحديث الوارد بتخصيص تعريف لقطة مكة ، فالمقصود به دفع توهم بعض الناس أنه لا حاجة لتعريف لقطة مكة ، لعدم الفائدة باعتبارها مكان الغرباء[2] .

وقال الشافعية على الصحيح المنصوص عندهم : يجب تعريف لقطة الحرم أبداً ، إذ لا تحل لقطة الحرم للتملك ، بل للحفظ أبداً ، لخبر الصحيحين : « إن هذا البلد حرمه الله ، لا يلتقط لقطته إلا من عرفها » .

وفي رواية للبخاري « لا تحل لقطة الحرم إلا لمنشد » قال الشافعي رضي الله عنه : أي لمعرف ، ففرق ﷺ بينها وبين غيرها ، وأخبر أنها لا تحل إلا للتعريف ولم يؤقت التعريف بسنة غيرها ، فدل على أنه أراد التعريف على الدوام ، وإلا فلا فائدة من التخصيص ، والمعنى فيه : أن حرم مكة شرفه الله تعالى مثابة للناس يعودون إليه ، المرة بعد الأخرى ، فربما يعود مالكها من أجلها ، أو يبعث في طلبها ، فكأنه جعل ماله به محفوظاً عليه ، كما غلظت الدية فيه .

---

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ١٢١/٤ ، بداية المجتهد : ٣٠١/٢ ، مغني المحتاج : ٤١٥/٢ ، المهذب : ٤٣٠/١ ، المغني : ٦٣٦/٥ وما بعدها .

(٢) فتح القدير : ٤٣٠/٤ ، تبيين الحقائق : ٣٠١/٣ ، البدائع : ٢٠٢/٦ ، الشرح الكبير للدردير : ١٢١/٤ ، المغني لابن قدامة : ٦٤٢/٥ .

الفصل العاشر

المفقود

نتكلم عن معنى المفقود، وكيفية اعتبار حاله، وما يقوم به القاضي نحو ماله وأهله ووقت الحكم بموته وأثر ذلك[1].

من هو المفقود ؟ هو الشخص الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره، ومضى على فقده زمان بحيث لا يعرف أنه حي أو ميت.

كيف نعتبر حال المفقود حياة أو موتاً ؟ يعتبر المفقود حياً في حق نفسه، ميتاً في حق غيره، فتثبت له عند الحنفية الحقوق السلبية دون الإيجابية، فبالنسبة له لا يورث ماله، ولا تبين منه امرأته، كأنه حي. وبالنسبة لغيره: لا يرث أحداً من أقاربه كأنه ميت، وكذلك لو أوصى أحد للمفقود ومات الموصي لا يستحق الموصى به، وإنما يوقف نصيبه من الإرث أو الوصية إلى أن يظهر حاله أنه حي أو ميت. ووافقهم الشافعية في أن الزوجة لا يحق لها فسخ الزواج، وتنتظر حتى يعلم موت زوجها.

وقال الإمامان مالك وأحمد: إذا مضى أربع سنوات يفرق القاضي بين المفقود وبين امرأته، وتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج من شاءت؛ لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك في مفقود.

---

(١) راجع البدائع: ١٩٦/٦، فتح القدير: ٤٤٠/٤، تبيين الحقائق: ٣١٠/٣، الدر المختار: ٣٦٠/٣، الشرح الصغير: ٦٩٤/٢ وما بعدها، المهذب: ١٤٦/٢، كشاف القناع: ٤٨٧/٥ وما بعدها.

صلاحيات القاضي في مال المفقود وأهله : للقاضي صلاحيات على مال المفقود وأهله وهي عند الحنفية ما يلي :

١ ـ يعين القاضي أميناً يحفظ مال المفقود ، ويشرف على شؤونه ويستثمره ، ويستوفي حقوقه العائدة إليه ، كالقيِّم على مال الصبي والمجنون .

٢ ـ يبيع من ماله ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه ؛ لأن البيع من مقتضيات الحفظ . وإذا كان له ودائع يتركها في يد الوديع ليحفظها ؛ لأن يده يد نيابة عن المفقود في الحفظ .

٣ ـ ينفق من مال المفقود على زوجته إن كان يعلم ببقاء الزوجية ، وكذا ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث ، وعلى أولاده الفقراء الزمنى من الذكور والاناث .

وإن لم يكن له مال وله ودائع ، فإنه ينفق منها ، إذا كانت من الطعام والثياب والدراهم والدنانير .

فإن كان مال المفقود من غير الدراهم والدنانير أو الطعام والثياب ، كأن كان له عروض تجارة أو عقارات ، فلا ينفق منه القاضي على هؤلاء ؛ لأنه لا يمكن الإنفاق إلا بالبيع ، وليس للقاضي أن يبيع العقار والعروض على الغائب ؛ ولكن للأب أن يبيع العروض في نفقته ؛ لأن للأب ولاية التصرف في مال الابن في الجملة ، بخلاف القاضي ، أما العقار فليس للأب أن يبيعه في نفقة الغائب إلا بإذن القاضي .

متى يحكم بموت المفقود وما أثر ذلك ؟ إذا مضت مدة طويلة على المفقود من وقت ولادته ، بحيث لا يعيش مثله إلى تلك المدة يقيناً أو غالباً ، يحكم بموته ، وتقع الفرقة بينه وبين نسائه ، ويقسم ماله بين ورثته الأحياء ، ولا يرث هو من أحد .

والمدة التي نقدرها لحياة المفقود ليس في ظاهر الرواية تقدير محدد فيها ، وإنما يقدر بموت الأقران . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قدر تلك المدة بمائة وعشرين سنة من وقت الولادة . والأرفق أن يقدر بتسعين عاماً .

الفصل الحادي عشر
السّبق

نتكلم عن السَّبْق[1] أو المسابقة أو الرهان في مبحثين :

المبحث الأول ـ تعريف المسابقة ومشروعيتها .

المبحث الثاني ـ شروط جواز المسابقة .

المبحث الأول ـ تعريف المسابقة ومشروعيتها :

السبق : بسكون الباء مصدر سبق أي تقدم ، وبتحريك الباء : المال الموضوع بين أهل السباق ، أي الجائزة أو الرهن ، أو الخطر في اصطلاح المتقدمين : وهو الشيء الذي يسابق عليه ، فمن سبق أخذه .

والسباق : هو أن يسابق الرجل صاحبه في الخيل أو الإبل ونحوها .

والمسابقة جائزة بالسنة والاجماع . أما السنة فهو أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضَمَّرة وبين التي لم تضمَّر[2] . وأجمع المسلمون على جواز المسابقة .

والمسابقة مستثناة من ثلاثة أمور ممنوعة : هي القمار ، وتعذيب الحيوان لغير

---

(١) السبق : بسكون الباء بمعنى المسابقة ، والسبق بفتح الباء : الجعل أو العوض المخصص في المسابقة .

(٢) رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر (سبل السلام : ٧٠/٤ ، الالمام : ص ٣٥٨) .

الأكل ، وحصول العوض والمعوض عنه لشخص واحد ، وذلك إذا قدم العوض كلا المتسابقين ليأخذه السابق[1] .

وهي نوعان : مسابقة بغير عوض ، ومسابقة بعوض . أما المسابقة بغير عوض : فتجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء معين كالمسابقة على الأقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة . وكذلك تجوز المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد ، بدليل ما قالت عائشة رضي الله عنها : « سابقني رسول الله ﷺ فسبقته ، فلبثنا حتى إذا أرهقني اللحم سابقني ، فسبقني ، فقال : هذه بتلك »[2] وسابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي النبي ﷺ ، فسبقه سلمة[3] ، وصارع النبي ﷺ رُكانة ، فصرعه النبي ﷺ[4] . ومر الرسول ﷺ بقوم يرفعون حجراً ليعرفوا الأشد منهم ، فلم ينكر عليهم . وتقاس بقية أنواع المسابقة على المذكور .

وأما المسابقة بعوض : فلا تجوز عند الحنفية إلا في أربعة أشياء : في النصل ، والحافر ، والخف[5] ، والقدم ؛ لأن الثلاثة الأولى آلات الحرب المأمور بتعلمها ، لقوله تعالى : ﴿ وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ﴾ وقد فسر النبي ﷺ القوة بالرمي[6] . وقال عليه الصلاة والسلام : « ليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، فإنهن من الحق »[7] .

---

(١) الدسوقي : ٢٠٩/٢ .

(٢) رواه أحمد وأبو داود والشافعي والنسائي وابن ماجه وابن حبان والبيهقي عن عروة عن أبيه عن عائشة (نيل الأوطار : ٩١/٨ وما بعدها) .

(٣) رواه مسلم وأحمد عن سلمة بن الأكوع (نيل الأوطار ، المرجع السابق) .

(٤) رواه أبو داود عن محمد بن علي بن ركانه (نيل الأوطار ، المرجع نفسه) .

(٥) المراد بالنصل : السهم ذو النصل أو الرمح ، والحافر : الفرس والحمار والبغل ، وبالخف : البعير والبقر ونحوها .

(٦) رواه مسلم وأحمد عن عقبة بن عامر (نيل الأوطار ، المرجع السابق : ص ٨٥ ، سبل السلام : ٧١/٤) .

(٧) رواه أبو داود والترمذي عن عقبة بن عامر (راجع تخريج أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الاستاذ الكتاني : ٥٠٠/٣) .

ودليل المسابقة على الأقدام والمصارعة، ما ذكرناه أن النبي ﷺ سابق عائشة، وصارع رُكَانة، ولأن المشي بالقدم والمصارعة مما يحتاج للكر والفر في الجهاد وضرب العدو.

وقال الجمهور غير الحنفية: لا يجوز السباق بعوض إلا في النصل والخف والحافر، أي في التدرب على حمل السلاح وفي أعمال الفروسية، لقول الرسول ﷺ: «لا سَبَق إلا في خف أو حافر أو نصل»[1] والسبق بفتحتين: (هو ما يجعل للسابق على السبق من جعل) ولأن هذه الأمور آلات القتال، فيجوز التسابق اذاً على كل ما هو نافع في الحرب.

أما المسابقة على الأقدام والمصارعة، فلا تجوز بعوض؛ لأنها لا تنفع في الحرب وكانت مصارعة الرسول لرُكَانة على شياه، كما روى أبو داود في مراسيله، أو أن الغرض من مصارعته أن يريه شدته ليسلم، وقد أسلم فعلاً[2].

فإن كانت المسابقة بغير عوض جازت مطلقاً في الخيل وغيرها من الدواب والسفن وبين الطير لإيصال الخبر بسرعة، وتجوز هذه المسابقة على الأقدام وفي رمي الأحجار والمصارعة.

المبحث الثاني ـ شروط جواز المسابقة:

يشترط لجواز المسابقة والرمي بعوض شروط أهمها ما يأتي:

١ ـ أن تكون المسابقة في الأنواع النافعة في الجهاد وهي الأنواع الأربعة عند الحنفية: النصل والخف والحافر والقدم. وعند الجمهور: الأنواع الثلاثة الاولى.

---

(١) رواه أبو داود والترمذي وحسنه والنسائي والشافعي والحاكم وابن ماجه وأحمد وابن حبان وصححه هو وابن القطان وابن دقيق العيد عن أبي هريرة رضي الله عنه (تخريج أحاديث التحفة، المرجع السابق، نيل الأوطار: ٧٧/٨، سبل السلام: ٧١/٤، مجمع الزوائد: ٢٦٣/٥).

(٢) راجع البدائع: ٢٠٦/٦، المهذب: ٤١٢/١ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣١١/٤ وما بعدها، المغني: ٦٥١/٨ وما بعدها، ١٧٢/٩، الشرح الكبير: ٢٠٩/٢، شرح الرسالة: ٤١٧/٢.

٢ ـ أن يكون العوض من أحد الجانبين المتسابقين أو من شخص ثالث ، كأن يقول أحدهما لصاحبه : إن سبقتني فلك علي كذا ، وإن سبقتك فلا شيء عليك ، أو يقول ولي الأمر أو شخص ثالث : من سبق منكما فله في بيت المال أو فله علي كذا ؛ لأنه في هذه الحالات لا يوجد قمار محرم ؛ وإنما يكون دفع العوض على سبيل المكافأة أو الجعالة والتحريض على الاستعداد لإتقان فنون الجهاد .

فإن كان العوض من الجانبين وهو الرهان : فلا يصح الرهان إلا بمحلل[1] كأن يتفقا على أن يخصص كل منهما عشر ليرات[2] أو أحدهما عشرة والآخر ثمانية ، يدفعها كل منهما لشخص آخر يكون فرسه أو بعيره مكافئاً لفرسيهما أو بعيرهما مثلاً ، وذلك إذا سبقهما ، فإن سبقهما جميعاً أخذ الغنم ، وإن سبق أحدهما لم يغرم هو شيئاً ، ولا يأخذ أحدهم شيئاً ، بدليل ما روي أن النبي ﷺ قال : « من أدخل فرساً بين فرسين ، وهو لا يأمن أن يُسبَق ، فليس بقمار . ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يَسبِق فهو قمار »[3] أي أنه يشترط أن يكون فرس المحلل مكافئاً لفرسي الشخصين اللذين جعل العوض منهما ، فلو كان ضعيفاً عنهما أو أقوى منهما ، فإنه لا يصح ؛ لأن الواضح من الحديث أنه جعل القمار متحققاً إذا أمن الثالث أن يَسبق ، وإذا لم يأمن أن يَسبق لم يكن قماراً .

وأما إن كان العوض من الجانبين بدون محلل ، فيحرم السباق ، كما إذا قال شخصان : من سبق منا فله على الآخر كذا ؛ لأن هذا من القمار المحرم .

---

(١) المحلل ـ بكسر اللام ـ مشتق من أحل : جعل الممتنع حلاً ، لأنه يحل العقد ويخرجه عن صورة القمار المحرم ، فهو قد حلل الجُعْل بدخوله بين المتسابقين .

(٢) هذا المبلغ هو المسمى بالسبق بتحريك الباء أو الخطر أو الندب أو القرع أو الرهن .

(٣) رواه أبو أحمد وابن ماجه عن أبي هريرة ، واسناده ضعيف ، ولأئمة الحديث في صحته إلى أبي هريرة كلام كثير (نيل الأوطار : ٨٠/٨ ، سبل السلام : ٧١/٤ ، الإلمام : ص ٣٦٠) .

وهكذا تكون صور السباق أربعة : ثلاثة منها حلال ، وواحدة منها حرام ، أما الصور الحلال :

فأولها : أن يكون العوض من السلطان أو أحد الرؤساء أو شخص ثالث ، يأخذه السابق ، وهذا جائز اتفاقاً .

وثانيها : أن يكون العوض من أحد الجانبين يؤخذ منه إذا سبقه الآخر ، وهذا جائز اتفاقاً .

وثالثها : أن يكون العوض من المتسابقين أو من الجماعة ، ومعهم محلل يأخذ العوض إن سبق ، ولا يغرم إن سبقه غيره ؛ لأنهما لم يقصدا القمار ، وإنما قصدا التقوي على الجهاد ، وهذا جائز عند الجمهور . ومنعه الإمام مالك لجواز عود الجعل لمن قدمه إذا سبَق .

وأما الصورة الحرام اتفاقاً : فهي أن يكون العوض من كل واحد ، على أنه إن سبق فله العوض ، وإن سبق فيغرم لصاحبه مثله .

٣ ـ أن تكون المسابقة فيما يحتمل أن يسبق أحدهما ، ويسبق الآخر ، فإن كانت فيما يعلم غالباً أنه يسبق غيره ، فلا يجوز ، لأن معنى التحريض في هذه الصورة لا يتحقق ، فصار الرهان التزام المال للغير بشرط لا منفعة له فيه .

٤ ـ العلم بالمال المشروط ، ومعرفة نقطة البدء والنهاية ، وتعيين الفرسين مثلاً ، كما قرر الشافعية[١] .

تبين من هذا أن السباق الذي يجري الآن على رهان من المتسابقين لا من طرف ثالث محايد هو حرام ؛ لأنه قمار .

---

(١) راجع البدائع ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٣١٢/٤ وما بعدها ، المهذب : ٤١٥/١ وما بعدها ، المغني : ٦٥٤/٨ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ١٥٧ وما بعدها ،الشرح الكبير مع الدسوقي : ٢٠٨/٢ ـ ٢١١ .

الفصل الثاني عشر

الشفعة

تبحث الشفعة في المباحث الثمانية الآتية :

المبحث الأول ـ تعريف الشفعة ، ودليلها وحكمتها ، وركنها وعناصرها ، وسببها ، وحكمها وصفتها .

المبحث الثاني ـ محل الشفعة (المشفوع فيه ، أو ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب)

المبحث الثالث ـ الشفيع ، مراتب الشفعة (أو أسباب استحقاقها) ، تزاحم الشفعاء (أي تعددهم) ، غيبة بعض الشفعاء ، إسقاط بعض الشفعاء حقه .

المبحث الرابع ـ أحكام الشفعة .

المبحث الخامس ـ شروط الشفعة .

المبحث السادس ـ إجراءات الشفعة (طلب الشفعة)

المبحث السابع ـ ما يطرأ على المشفوع فيه بيد المشتري من تصرفات أو نماء أو نقص .

المبحث الثامن ـ مسقطات الشفعة .

ونبحثها على ترتيبها المذكور .

المبحث الأول ـ تعريف الشفعة، ودليلها وحكمتها، وركنها وأطرافها، وحكمها وصفتها :

أولاً ـ تعريف الشفعة : الشفعة لغة : مأخوذة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة والتقوية، تقول : شفعت الشيء : ضممته، سميت شفعة ؛ لأن الشفيع يضم ما يتملكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه، فيزيده عليه، ويتقوى به، فقد كان الشفيع منفرداً في ملكه، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه، فصار شفعاً ضد الوتر.

وفي الاصطلاح الفقهي : هي حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري، بما قام عليه، من ثمن وتكاليف، (أي النفقات التي أنفقها) لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار. وهذا عند الحنفية[1] ؛ لأن الشفعة تثبت عندهم للشريك والجار.

وعرفها الجمهور غير الحنفية : بأنها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه، من عقار، بثمنه أو قيمته، بصيغة. وبعبارة أخرى : هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث، فيما ملك بعوض[2]. وهذا لأن الشفعة حق للشريك فقط دون الجار عند الجمهور.

ويلاحظ أن المذاهب الأربعة حصروا الشفعة في العقار. أما الظاهرية فقد أجازوها أيضاً في المنقول، كالحيوان ونحوه[3].

ثانياً ـ دليلها وحكمة مشروعيتها :

الدليل على مشروعية الشفعة هو السنة والإجماع :

أما السنة، فأحاديث كثيرة منها : حديث جابر رضي الله عنه : «قضى

---

(١) الدر المختار : ١٥٢/٥، تكملة الفتح : ٤٠٦/٧، تبيين الحقائق : ٢٣٩/٥، اللباب : ١٠٦/٢

(٢) الشرح الصغير : ٦٣٠/٣، الشرح الكبير : ٤٧٣/٣، مغني المحتاج : ٢٩٦/٢، كشاف القناع : ١٩٦/٤، المغني : ٢٨٤/٥

(٣) المحلى : ١٠١/٩، م ١٥٩٤

رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصُرفت الطرق ، فلا شفعة »[1] وفي رواية « في أرض ، أو رَبْع ، أو حائط » والربع : المنزل ، والحائط : البستان .

ومنها حديث آخر لجابر : « الجار أحق بشفعة جاره يُنتظر بها ، وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً »[2]

ومنها حديث سمرة : « جار الدار أحق بالدار من غيره »[3] .

ومنها حديث أبي رافع : « الجار أحق بسقبه » أو « بصقبه »[4] أي أحق بقربه وبشفعته ؛ لأن السقب أو الصقب : ما قرب من الدار .

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط .. ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم ، فإنه قال : لا تثبت الشفعة ؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك ، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيستضر المالك ؛ أي أن الشفعة تصادم مبدأ حرية المتعاقد في التصرف . ورد عليه : بأن قوله ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله[5] .

وحكمتها : دفع ضرر الدخيل الأجنبي الذي يأتي على الدوام ، بسبب سوء المعاشرة والمعاملة ، في استعمال أو استحداث المرافق المشتركة ، أو إعلاء الجدار ، أو

---

(١) رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه ، وهو صحيح . وصرفت : بتخفيف الراء ، وقيل بتشديدها ، أي بينت مصارفها .

(٢) رواه الخمسة (أحمد وأصحاب السنن) إلا النسائي .

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه ، والبيهقي والطبراني والضياء ، لكن في إسناده كلام واضطراب .

(٤) أخرجه البخاري (راجع الأحاديث في نصب الراية : ١٧٢/٤ ـ ١٧٥ ، نيل الأوطار : ٣٣١/٥ ـ ٣٣٦)

(٥) المغني : ٢٨٤/٥

إيقاد النار، أو منع ضوء النهار، وإثارة الغبار، وإيقاف الدواب، ولعب الأولاد، لاسيما إذا كان خصماً أو ضداً.

وقد تكون الحكمة: دفع ضرر مؤنة القسمة، كما قال المالكية والشافعية والحنابلة.

وكل ما ذكر مظاهر للضرر، والمقرر في الإسلام أنه «لا ضرر ولا ضرار»

كما أن حسن العشرة يقتضي رعاية مصلحة الشريك أو الجار، ورعاية المصلحة أمر مطلوب شرعاً أيضاً[1].

وهذه المعاني كما هي متوقعة بين الناس بسبب الشركة، أو الخلطة في المنافع، كذلك هي متوقعة ـ في رأي الحنفية ـ بسبب الجوار.

ثالثاً ـ ركنها وعناصرها وسببها (سبب الأخذ):

قال الحنفية[2]: **ركن الشفعة**: أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها. ويسمى العقار الذي بسببه تطلب الشفعة: المشفوع به، والعقار الذي يتملك بالشفعة: المشفوع فيه، ومشتري العقار: هو المشفوع عليه، والمطالب بالشفعة: هو الشفيع.

وسببها: اتصال ملك الشفيع بالمشترى بشركة أو جوار.

وشرطها: أن يكون المحل المبيع عقاراً، سفلاً كان أو علواً. وقال المالكية[3]: للشفعة أركان أربعة:

---

(١) تبيين الحقائق: ٢٣٩/٥، مغني المحتاج: ٢٩٦/٢، أعلام الموقعين: ١٢٠/٢، المغني: ٢٨٤/٥، حاشية الدسوقي على الدردير: ٤٧٦/٣

(٢) الدر المختار: ١٥٢/٥ وما بعدها، تبيين الحقائق، المكان السابق.

(٣) الشرح الصغير: ٦٣٠/٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢٥٣/٢

آخذ (شافع) ، ومأخوذ منه (مشفوع عليه) ، ومشفوع فيه ، وصيغة . والمراد بالصيغة : ما يدل على الأخذ ، لفظاً أو غيره .

وقال الشافعية والحنابلة[1] : أركان الشفعة ثلاثة : آخذ ، ومأخوذ منه ، ومأخوذ . وأما الصيغة فتجب في التمليك ، فيشترط لفظ من الشفيع ، مثل تملكت ، أو أخذت بالشفعة .

رابعاً ـ حكمها وصفتها : أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ (جديد) ، قال الحنفية[2] : حكمها : جواز الطلب عند تحقق السبب ، ولو بعد سنين ، أي إذا لم يعلم بها . وصفتها : أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ ، يستحقها الشفيع بعد البيع ، فيثبت بها ما يثبت بالشراء ، كالرد بخيار الرؤية ، والعيب .

المبحث الثاني ـ محل الشفعة (المشفوع فيه ، أو ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب) : اتفق المسلمون على أن الشفعة حق في العقار من دور وأرضين وبساتين وبئر ، وما يتبعها من بناء وشجر ، واختلفوا فيما عداها .

فقررت المذاهب الأربعة أنه لا شفعة في منقول كالحيوان والثياب والعروض التجارية للحديث السابق : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في أرض أو ربْعْ أو حائط .. » ورواية الحديث عند مسلم والنسائي وأبو داود : « أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، ربعةٌ أو حائط .. » ولأن الشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الشركة بالاتفاق ، أو الجوار عند الحنفية ، بسبب الاستمرار والدوام ، والمنقول لا يدوم ، بخلاف العقار ، فيتأبد فيه ضرر المشاركة ؛ ولأن الشفعة تملك بالقهر ، فهي كما بينا « استحقاق الشريك ـ عند غير الحنفية ـ انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه ، من

---

(١) مغني المحتاج : ٢٩٦/٢ ، ٣٠٠ ، المغني : ٢٩٧/٥ ، كشاف القناع : ١٥٨/٤

(٢) الدر المختار : ١٥٣/٥ وما بعدها ، تبيين الحقائق ، المكان السابق .

يد من انتقلت إليه » ، فناسب أن تكون عند شدة الضرر ، وإطلاقاً لحرية التصرف والبيع[1] .

العُلْوُ والسُفْل : وألحق الحنفية بالعقار : ما في حكمه كالعلو ، وإن لم يكن طريقه في السفل ؛ لأنه التحق بالعقار بماله من حق القرار ، فلا فرق في العقار بين كونه سفلاً أو علواً[2] ، وهذا هو المعقول .

ولم يجز الشافعية في الأصح والحنابلة الشفعة في العلو ، لأن البناء يرتكز على السقف ، والسقف الذي هو أرض البناء لا ثبات له ، فكان كالمنقولات[3] .

وسواء عند الحنفية أكان العقار مما يحتمل القسمة ، أم لا يحتملها ، كالدار الصغيرة والحمام والطاحون والبئر ؛ لأن علة الشفعة عندهم دفع ضرر الشركة أو الجوار مطلقاً ، وهو يتحقق فيما لا يقبل القسمة .

واشترط الجمهور عند الحنفية ، في المشهور عند المالكية ، وفي ظاهر مذهب الحنابلة ، وفي الأصح عند الشافعية : أن يكون العقار قابلاً للقسمة ، استدلالاً بدليل الخطاب في حديث جابر السابق : « الشفعة فيما لم يقسم .... » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ، ما دام لم يقسم . وقد أجمع عليه في هذا الموضوع فقهاء الأمصار ، مع اختلافهم في صحة الاستدلال به ؛ ولأن علة مشروعية الشفعة عندهم هو دفع ضرر القسمة ، وما لا ينقسم لا تتيسر القسمة فيه ، فلا حاجة للشفعة فيه ، فلا يترتب فيه ضرر الشريك بعدم الشفعة[4] .

---

(١) الدر المختار : ١٥٣/٥ ، تكملة الفتح : ٤٣٥/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٣٩/٥ ، البدائع : ١٢/٥ ، اللباب : ١٠٩/٢ ، بداية المجتهد : ٢٥٤/٢ ، الشرح الكبير : ٤٨٢/٣ ، الشرح الصغير : ٦٣٤/٣ ، مغني المحتاج : ٢٩٦/٢ ، المهذب : ٣٧٦/١ ، المغني : ٢٨٧/٥ ، كشاف القناع : ١٥٣/٤ ـ ١٥٥

(٢) الدر المختار واللباب ، المكان السابق ، تكملة الفتح : ٤٣٥/٧

(٣) مغني المحتاج : ٢٩٧/٢ ، كشاف القناع : ١٥٥/٤

(٤) بداية المجتهد : ٢٥٥/٢ ، حاشية الدسوقي على الدردير : ٤٧٦/٣ ، الشرح الصغير : ٦٣٤/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٩٧/٢ ، المهذب : ٣٧٧/١ ، المغني : ٢٨٩/٥

حقوق الارتفاق : وتثبت الشفعة عند الحنفية[١] في حقوق العقار، كالشِّرْب (النصيب من الماء في نوبة مالك الأرض)[٢] والطريق الخاصين. فإن لم يكونا خاصين، فلا يستحق بهما الشفعة. والطريق الخاص: أن يكون غير نافذ، فإن كان نافذاً فليس بخاص.

فلو كان هناك شِرْب نهر صغير مشترك بين قوم، تسقى أراضيهم منه، فبيعت أرض منها، فلكل أهل الشِّرْب من ذلك النهر الخاص الشفعة. أما لو كان النهر عاماً، فالشفعة فقط للجار الملاصق. ومثله الطريق الخاص، فكل أهله شفعاء.

وقال المالكية[٣]: لا شفعة في الطريق (أي المجاز الذي يتوصل منه إلى ساحة الدار) إذا قسم بين الشريكين أو الشركاء متبوعُها من البيوت إذا بقي الممر مشتركاً بينهما؛ لأنه لما كان تابعاً لما لا شفعة فيه، وهو البيوت المنقسمة، كان لا شفعة فيه.

وكذلك العَرْصة (ساحة الدار التي بين بيوتها، تسمى في عرف العامة بالحوش) لا شفعة فيها إذا قسم متبوعها، كالطريق.

وقال الشافعية[٤]: لا شفعة قطعاً في ممر الدار المبيعة من الدرب النافذ؛ لأنه غير مملوك. وأما الدرب غير النافذ، فالصحيح ثبوت الشفعة في الممر، بما يخصه من الثمن، إن كان لمشتري الممر الخاص المشترك طريق آخر لداره، أو أمكن من غير مؤنة وضرر عليه الوصول لداره من طريق آخر، بفتح باب إلى شارع عام مثلاً، وإلا، فلا تثبت الشفعة في الممر، لما فيها من ضرر المشتري، والشفعة شرعت لدفع الضرر، فلا يزال ضرر بآخر؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر.

---

(١) تبيين الحقائق: ٢٣٩/٥ وما بعدها، الدر المختار: ١٥٤/٥، اللباب: ١٠٦/٢

(٢) الشرب: هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان والزرع (م ١٢٦٢) مجلة.

(٣) الشرح الكبير: ٤٨٢/٣، الشرح الصغير: ٦٤٠/٣، بداية المجتهد: ٢٥٥/٢

(٤) نهاية المحتاج: ١٤٥/٤، مغني المحتاج: ٢٩٨/٢

والحنابلة كالشافعية قالوا[1] : إذا بيعت الدار، ولها طريق في شارع أو درب نافذ، فلا شفعة في تلك الدار، ولا في الطريق ؛ لأنه لا شركة لأحد فيهما .

وإن كان الطريق في درب غير نافذ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق، فلا شفعة أيضاً ؛ لأن إثباتها يضر بالمشتري ؛ لأن الدار تبقى لا طريق لها .

وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه، أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ، نظرنا في الطريق المبيع مع الدار :

فإن كان ممراً لا تمكن قسمته، فلا شفعة فيه .

وإن كان تمكن قسمته، وجبت الشفعة فيه ؛ لأنه أرض مشتركة، تحتمل القسمة، فوجبت فيه الشفعة كغير الطريق .

الشفعة في السفن : لا تثبت الشفعة في السفن عند فقهاء المذاهب[2] لأنها كالعروض التجارية من المنقولات، والشفعة مشروعة في الأرض التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها .

ونقل الكاساني[3] عن الإمام مالك : أنه يرى الشفعة في السفن ؛ لأن السفينة أحد المسكنين، فتجب فيها الشفعة، كما تجب في المسكن الآخر، وهو العقار، لكن هذا لم يصح عن مالك، كما حقق ابن عبد السلام . وبه يتبين أن المذاهب الأربعة متفقة على عدم الشفعة في السفن .

---

(١) كشاف القناع : ١٥٤/٤ ، المغني : ٢٩٠/٥

(٢) الكتاب مع اللباب : ١٠٩/٢ ، المهذب : ٣٧٦/١ ، مغني المحتاج : ٢٩٦/٢ ، كشاف القناع : ١٥٥/٤

(٣) البدائع : ١٢/٥ . ولم أر في كتب المالكية التي اطلعت عليها تصريحاً لهم بالشفعة في السفينة ، وإنما يوجبونها في العقار فقط . قال ابن عبد السلام من المالكية : ما نقله بعض الحنفية عن مالك في السفينة : لا يصح (شرح التنوخي لرسالة القيرواني : ١٩٣/٢)

الشفعة في الزرع والثمر والشجر : لا شفعة عند الجمهور (غير المالكية)[1] فيما ليس بعقار كالبناء والشجر المفرد عن الأرض ، فإن كان تبعاً في البيع للأرض ، وجبت الشفعة فيه[2] .

ومما يتبع الأرض عند الشافعية في الأصح : ثمر لم يؤبر ؛ لأنه يتبع الأصل في البيع ، فيتبعه في الأخذ ، قياساً على البناء والغراس .

واقتصر الحنابلة على اتباع الغراس والبناء للأرض ؛ لأنهما يؤخذان تبعاً للأرض ، ففيهما الشفعة تبعاً . ولم يتبعوا الزرع والثمرة للأرض ؛ لأن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً ؛ لأنها هي التي تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها .

وأجاز المالكية[3] الشفعة في البناء والشجر إذا بيع أحدهما مستقلاً عن الأرض ؛ لأن كلاً منهما عندهم عقار ، والعقار : هو الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر ، فلا شفعة في حيوان أو عرض تجاري إلا إذا بيع تبعاً للأرض .

مثاله : الشجر أو البناء في أرض موقوفة (محبَّسة) أو معارة : بأن اقتضت المصلحة إجارة الأرض الموقوفة ، سنين ، ثم بنى فيها المستأجر أو غرس بإذن ناظرها ، على أن ذلك له ، فإذا كان المستأجر متعدداً ، وباع أحدهم ، فللآخر الشفعة .

وأجاز المالكية أيضاً الشفعة في الثمار[4] (الفاكهة) والخضر ، كالقِثَّاء ، والبطيخ بنوعيه الأخضر والأصفر ،والخيار ، والباذنجان والفول الأخضر ، ونحوه مما له أصل

---

(١) تكملة الفتح : ٤٣٥/٧ ، مغني المحتاج : ٢٩٦/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٥٥/٤

(٢) نصت المادة (١٠١٩) مجلة على أنه «لا تجري الشفعة في الأشجار والأبنية في أرض الوقف .

(٣) الشرح الكبير : ٤٧٩/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٦٣٤/٣ ، ٦٣٨ ـ ٦٣٩ ، بداية المجتهد : ٢٥٤/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ ، شرح الرسالة : ١٩٢/٢ .

(٤) قال مالك عن الشفعة في الثمرة : ماعلمت أحداً من أهل العلم قاله قبلي ، ولكني استحسنته (شرح التنوخي لرسالة ابن أبي زيد القيرواني : ١٩٢/٢) .

تجنى ثمرته ، ويبقى في الأرض وقتاً ما ، فإذا باع أحد الشريكين نصيبه منها ، ولو مفرداً عن أصله ، فللآخر أخذه بالشفعة .

واشترطوا في الثمرة المأخوذة بالشفعة منفردة : أن تكون موجودة حين الشراء ، بشرط كونها مؤبرة .

ولم يجز المالكية الشفعة في زرع كقمح وكتان وبرسيم ، ولا في بَقْل مما ينزع أصله كفجل وجزر وبصل وقلقاس ، وملوخية . فلو بيع الزرع أو البقل مع أرضه ، فلا شفعة فيه ، وإنما هي في الأرض فقط ، بما ينوبها من الثمن .

وأما الظاهرية : فقد توسعوا في إيجاب حق الشفعة للشفيع أكثر من سائر المذاهب الأخرى ، فأجازوا الشفعة في كل مبيع ، عقاراً أو منقولاً ، سواء أكان المنقول متصلاً بالعقار أم لا ، وسواء أكان الشيء المبيع مما ينقسم ، أم مما لا ينقسم ، من أرض أو شجرة واحدة فأكثر ، أو ثوب ، أو سيف أو طعام أو حيوان ، أو أي شيء بيع ، فلا يحل لمن له الجزء ، أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه[1] .

المبحث الثالث ـ الشفيع

أولاً ـ من هو الشفيع ؟

للفقهاء رأيان فيمن يحق له الأخذ بالشفعة : رأي للحنفية : في أن الشفيع : هو الشريك ، أو الجار . ورأي للجمهور : في أن الشفيع هو الشريك فقط .

قال الحنفية[2] : تثبت الشفعة للشريك (الخليط) في المبيع نفسه ، أو في حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، كالشِّرْب (النصيب من الماء) ، والطريق الخاصين ، كما

---

(١) المحلى : ١٠١/٩ ، م ١٥٩٤ .

(٢) البدائع : ٤/٥ ، تكملة الفتح : ٤٠٦/٧ ، ٤١٤ ، ٤٣٦ ، تبيين الحقائق : ٢٣٩/٥ ـ ٢٤١ ، اللباب : ١٠٦/٢ ، الدر المختار : ١٥٥/٥ .

تثبت للجار الملاصق للمبيع ، ولو كان باب داره من سكة أخرى . والملاصق من جانب واحد ولو بشبر ، كالملاصق من ثلاثة جوانب ، وواضع جذع على حائط ، وشريك في خشبة على حائط : جار لا شريك ؛ لأن وضع الجذوع على الحائط لا يصير صاحبه شريكاً في الدار ، والشفعة تثبت في العقار دون المنقول ، والخشبة منقول . ولا فرق بين مسلم وذمي في استحقاق الشفعة ، لعموم أدلة مشروعيتها ، ولتساويهما في سبب الشفعة وحكمتها ، فيتساويان في الاستحقاق .

ودليلهم الأحاديث السابقة في مشروعية الشفعة ، والتي منها : « جار الدار أحق بسقبه »[1] و« جار الدار أحق بدار الجار ، والأرض »[2] و« الجار أحق بشفعته »[3] . ويؤكده أن العلة الموجبة للشفعة هو دفع الضرر الدائم ، الذي يلحق المرء بسبب سوء العشرة على الدوام . وهذا يتحقق في الجار ، كما يتحقق في الشريك ، فتكون حكمة مشروعية الشفعة ظاهرة فيهما ، وهو دفع الضرر عنهما .

وقال الجمهور (غير الحنفية)[4] : لا شفعة إلا لشريك في ذات المبيع ، لم يقاسم (أي أن حقه مشاع لم يقسم) ، فلا شفعة عندهم لشريك مقاسم ، ولا لشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع ، ولا للجار .

وتثبت الشفعة عند المالكية والشافعية والظاهرية للذمي الكافر على المسلم ، كما قال الحنفية ، ولا تثبت للكافر عند الحنابلة في بيع عقار لمسلم ، للحديث النبوي :

---

(١) سبق تخريجه ، أخرجه البخاري عن أبي رافع مولى النبي ﷺ (نصب الراية : ١٧٤/٤) .

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي ، وأحمد في مسنده ، والطبراني في معجمه ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، وابن حبان في صحيحه ، وقال عنه الترمذي : حديث حسن صحيح ، من حديث الحسن عن سمرة (نصب الراية : ١٧٢/٤) .

(٣) من حديث جابر عند الترمذي .

(٤) بداية المجتهد : ٢٥٣/٢ ، الشرح الكبير : ٤٧٣/٣ ، الشرح الصغير : ٦٣١/٣ ، مغني المحتاج : ٢٩٧/٢ ، المهذب : ٣٧٧/١ وما بعدها ، المغني : ٢٨٥/٥ وما بعدها ، ٣٥٧ ، كشاف القناع : ١٤٩/٤ ، ١٨٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ ، المحلى : ١١٥/٩ ، م ١٥٩٨ .

« لا شفعة لنصراني »[1] فهو يخص عموم ما احتجوا به ، ولأن الأخذ بالشفعة يختص به العقار ، فأشبه الاستعلاء في البنيان ، والكافر ممنوع من ذلك بالنسبة للمسلم ، ولأن في شركته ضرراً بالمسلم . ولكن رأي الجمهور في هذا أرجح ، بسبب ضعف الحديث الذي احتج به الحنابلة .

واتفق الفقهاء على أن الشفعة تثبت للذمي على الذمي ، لعموم الأخبار الواردة في الشفعة ، ولأنهما تساويا في الدين والحرمة ، فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم . وتثبت الشفعة لأهل البدع الذين حكم بإسلامهم ؛ لأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك . وأما أصحاب البدع الذين حكم بكفرهم فلا شفعة لهم على مسلم عند الحنابلة ، بخلاف الجمهور[2] .

وأدلة الجمهور : حديث جابر السابق : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم يُقْسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرِّفت الطرق ، فلا شفعة » وحديث سعيد بن المسيب : « إذا قسمت الأرض ، وحدَّت ، فلا شفعة فيها »[3] ، فإذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أحرى ألا تكون واجبة للجار ، والشريك المقاسم إذا قاسم : جارٌ .

ولأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل ، فيقتصر فيها على موزد النص .

وأما حديث أبي رافع : « الجار أحق بصقبه » فليس بصريح في الشفعة ، فيحتمل أنه أراد بالصقب : إحسان جاره وصلته وعيادته ونحوها . وخبر جابر صريح صحيح ، فيقدم . وبقية الإحاديث في أسانيدها مقال ، فحديث سمرة يرويه عنه

---

(١) رواه الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس ، وأبي بكر ، لكن في إسنادهما بابل بن نجيح ، ضعفه الدارقطني وابن عدي .

(٢) المغني : ٣٥٨/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٨٣/٤ .

(٣) رواه أبو داود ، ومالك مرسلاً ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن .

الحسن ، ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة . ويتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل مادلت عليه أحاديث شفعة الشركة ، فيكون لفظ الجار مراداً به الشريك . وهذا الرأي في تقديري أولى ؛ لأن الشفعة تثير مشكلات متعددة ، والأصل المقرر في الشريعة هو حرية التعاقد ، فيقتصر فيها على حالة الشركة فقط .

وقد توسط ابن القيم بين الرأيين ، فقرر ثبوت الشفعة للجار إذا كان شريكاً مع جاره في حق من حقوق الارتفاق الخاصة ، مثل الطريق أو الشرب ، وإلا فلا شفعة له[1] .

وارتأى الشوكاني وبعض الشافعية هذا الحل الوسط عملاً بلفظ في حديث جابر : « إذا كان طريقهما واحداً »[2] .

ثانياً ـ مراتب الشفعة (أو أسباب استحقاقها) وكيفية التوزيع عند تزاحم الشفعاء : قال الحنفية[3] : الشفعة واجبة للخليط (الشريك) في نفس المبيع ، ثم إذا لم يكن ، أو كان وسَلَّم (تنازل عن الشفعة) تثبت للشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة بالمبيع : وهو الذي قاسم وبقيت له شركة في حق العقار الخاص ، كالشرب والطريق الخاصين ، ثم تثبت الشفعة لجار ملاصق .

ولا فرق في ثبوت حق الشفعة لصاحب حق الارتفاق بين الأرض المجاورة للمبيع والبعيدة عنه ، ولا بين التي تسقى من المجرى الخاص مباشرة ، أو من جدول مأخوذ منه ، مادام أن الكل يشرب من المجرى ، وأن سبب الاستحقاق واحد : وهو الاشتراك في المرفق الخاص .

---

(١) راجع أعلام الموقعين : ١٢٣/٢ ـ ١٣٢ ، تحقيق عبد الحميد .

(٢) نيل الأوطار : ٣٣٢/٥ .

(٣) تكملة الفتح : ٤٠٦/٧ ، ٤١٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٥٤/٥ وما بعدها ، البدائع : ٨/٥ ـ ٩ ، تبيين الحقائق : ٢٣٩/٥ ، اللباب : ١٠٦/٢ وما بعدها ، م (١٠٠٨) مجلة .

والمقصود من الشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد[1] : شرب نهر صغير : وهو الذي لا يجري فيه أصغر السفن ، وما تجري فيه السفن فهو عام ، وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إن كانوا يحصون ، فصغير ، وإلا فكبير . وما لا يحصى : قيل أربعون ، وقيل خمسمائة ، وقيل : الأصح تفويضه إلى رأي كل مجتهد في زمان .

والمقصود بالطريق الخاص : هو الذي لا يكون نافذاً ، فكل أهله شفعاء . فإن كان الشرب والطريق عامين ، فلا شفعة بهما . والمراد بعدم نفاذ الطريق : أن يكون بحيث يمنع أهله من أن يستطرقه غيرهم .

وتصور الشفعة بسبب الشرب مثلاً : إذا بيعت أرض لها حق الشرب في مجرى نهر خاص مشترك بين قوم تسقى أراضيهم منه ، فلكل أهل الشرب الشفعة ، سواء أكانت أراضيهم المجاورة للنهر ملاصقة له ، أم بعيدة عنه .

ودليل الحنفية على ترتيب الشفعاء على النحو المذكور(الشريك في المبيع ، ثم شريك الارتفاق ، ثم الجار) هو قوله عليه الصلاة والسلام : « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع »[2] ولأن الاتصال في المبيع أقوى من غيره ، والاتصال في حق الارتفاق أقوى من الجار ؛ لأنه اشتراك في مرافق الملك ، والترجيح يكون بقوة السبب ؛ ولأن دفع ضرر مؤنة القسمة ، وإن لم يصلح علة عند الحنفية لاستحقاق الشفعة ، صلح مرجحاً للأخذ عند تزاحم الشفعاء .

---

(١) وقال أبو يوسف : الشرب الخاص : أن يكون نهراً يسقى منه قراحان أو ثلاثة ، وما زاد على ذلك فهو عام (اللباب : ١٠٧/٢) والقراح : المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر .

(٢) قال عنه الزيلعي : غريب : وقال عنه ابن الجوزي : إنه حديث لا يعرف . وقال شريح : « الخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره » وقال إبراهيم النخعي : الشريك أحق بالشفعة ، فإن لم يكن شريك ، فالجار ، والخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق ممن سواه » (نصب الراية : ١٧٦/٤)

كيفية التوزيع عند تزاحم الشفعاء :

وبهذا يتبين كيفية توزيع حق الشفعة عند تزاحم الشفعاء ، بأن كانوا أكثر من واحد ، وكل منهم يطلب الشفعة .

أ ـ فإن لم يكونوا من مرتبة واحدة : بأن كان أحدهم شريكاً في المبيع ، والآخر شريكاً في حق الارتفاق ، والآخر جاراً ملاصقاً ، فيقدم الشريك في المبيع أولاً ، ثم الشريك في حق المبيع (حق الارتفاق) ، ثم الجار (م ١٠٠٩) مجلة .

والمشارك في حائط الدار في حكم المشارك في نفس الدار . وأما صاحب الأخشاب الممتدة على حائط جاره ، فيعد جاراً ملاصقاً ، لا شريكاً (م ١٠١٢) مجلة .

وكل من صاحب الطابق الأعلى والأسفل : جار ملاصق (م ١٠١١) مجلة . وحق الشرب مقدم على حق الطريق (م ١٠١٦) مجلة . وإذا باع صاحب حق الشرب أو الطريق الخاص أرضه فقط ، دون حق الارتفاق ، فليس للشركاء في الارتفاق شفعة (م ١٠١٥) مجلة .

وإذا اجتمع صنفان من الشركاء يقدم الأخص على الأعم ، فالمشترك في شرب من جدول من الشرب أولى من المشترك في الشرب (م ١٠١٤)

ب ـ وإن كان الشفعاء من مرتبة واحدة ، كالشركاء في المبيع ، قسم العقار المشفوع فيه بين الطالبين جميعاً ، بالتساوي بحسب عدد الرؤوس ، لا بمقدار الملك أو السهام ، عند الحنفية[1] والظاهرية[2] ، لاستوائهم في سبب استحقاق الشفعة ، وهو الاتصال بالشركة أو الجوار ، أي لأنهم متساوون في أصل الملك .

---

(١) البدائع : ٦/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٤١/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٦/٢ ، الدر المختار : ١٥٤/٥ ، تكملة الفتح : ٤١٤/٧ ، م ١٠١٣ مجلة

(٢) المحلى : ١٢٠/٩ ، م ١٦٠٩

وقال الجمهور[1] (غير الحنفية والظاهرية) : يقسم العقار المشفوع فيه بين الشفعاء على قدر حصصهم أو أنصبائهم في الملك ، لا على الرؤوس ؛ لأن الشفعة حق ناشئ بسبب الملك ، فكان على قدر الملك ، كالغلة والثمرة والأجرة المستفادة من الملك ، وكالربح في شركة الأموال ، فيأخذ كل واحد من الشركاء الشفعاء بقدر ما يملكه في العقار (المشفوع به وفيه) . فلو كانت الأرض بين ثلاثة ، لواحد نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع الأول حصته ، أخذ الثاني سهمين ، والثالث سهماً . ولأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد من الشركاء بحسب نسبة ما يملكه ، لا بحسب التساوي ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على تلك النسبة من الحصص .

وقال المالكية في تزاحم الشركاء الشفعاء[2] : يقدم في الأخذ بالشفعة الأخص في الشركة على غيره ، وهو المشارك في السهم أي الفرض ، فلو مات ذو عقار عن جدتين وزوجتين وأختين ، فباعت إحداهن نصيبها ، فالشفعة لمن شاركها في السهم ، دون بقية الورثة ، حتى ولو كان المشارك في السهم أختاً لأب مع أخت شقيقه ، أو بنتَ ابن مع بنت ، فإذا باعت الشقيقة أو البنت نصيبها ، فللأخت لأب أو لبنت الابن الأخذ بالشفعة ، دون العاصب .

ويدخل الأخص[3] من ذوي السهام (الفروض) على الأعم ، وهو غير المشارك في السهم أي غير ذوي الفروض وهو غير الأقوى في القرابة ، كالعاصب وغيره ، فإذا مات شخص عن بنت فأكثر ، وعن أخوين أو عمين ، فباع أحد الأخوين ، فإن البنات يدخلن في الشفعة ، ولا يختص الحق بالأخ أو العم الذي لم يبع . وإذا مات شخص عن

---

(١) الشرح الصغير : ٦٤٦/٣ ، الشرح الكبير : ٤٨٦/٣ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٥٧/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، مغني المحتاج : ٣٠٥/٢ ، المهذب : ٣٨١/١ ، المغني : ٣٣٥/٥ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٢/٣ ، الشرح الصغير : ٦٥٠/٣ وما بعدها

(٣) الأخص أي الأقوى والأزيد في القرب

ثلاث بنات ، ثم ماتت إحداهن عن بنتين ، فباعت إحدى أخوات الميتة حصتها ، فأولاد الميتة يدخلن على خالاتهن ، إذ الطبقة السفلى أخص ؛ لأنهن أقرب للميت الثاني ، والعليا أعم . ويدخل الوارث ذو الفرض أو العاصب على الموصى لهم بعقار ، باع أحدهم حصته ، فلا يختص بالشفعة بقية الموصى لهم ، بل يدخل معهم الوارث .

ثم يقدم الوارث مطلقاً ، سواء أكان ذا فرض أم عاصباً ، على أجنبي .

ثم يقدم الأجنبي ، إن أسقط الوارث حقه .

ثالثاً ـ غيبة بعض الشفعاء :

قال الحنفية[1] : لو كان بعض الشفعاء حين البيع وطلب الشفعة غائباً ، فطلبها الحاضر ، يقضى له بالشفعة ؛ لأن الحاضر ثابت بيقين ، والغائب مشكوك في طلبه الشفعة ، فلا يؤخر الحاضر ؛ لأن المشكوك فيه لا يزاحم المتيقن ، لاحتمال عدم طلب الغائب ، فلا يؤخر بالشك .

ثم إذا جاء الغائب وطلب الشفعة ، وكان مع الحاضر في مرتبة واحدة ، قاسم الحاضر فيما أخذ ، أي تنقض القسمة الأولى ، ويعاد تقسيم العقار .

وإن لم يكن الغائب في مرتبة واحدة مع الحاضر الذي أخذ بالشفعة ـ وهذا لا يتصور إلا عند الحنفية ـ كالشريك والجار ، فإن كان الغائب فوق الحاضر (أعلى منه) كالشريك مع الجار قضي له بكل المشفوع فيه ، وإن كان دونه كالجار مع الشريك منع من الشفعة .

ويتفق المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية[2] مع الحنفية في ثبوت حق

---

(١) البدائع : ٦/٥ ، الدر المختار : ١٥٦/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٤٢/٥

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٠/٣ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، المغني : ٣٠٥/٥ وما بعدها ، ٣٣٩ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤ ، المحلى : ١١٥/٩ ، م ١٥٩٨ ، الشرح الصغير : ٦٤٤/٣ .

الشفعة للغائب ، لعموم قوله عليه السلام : « الشفعة فيما لم يقسم » ، ولأن الشفعة حق مالي ، وجد سببه بالنسبة إلى الغائب ، فيثبت له ، كالإرث ، ولأن الغائب شريك لم يعلم بالبيع ، فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر ، إذا كتم عنه البيع . ويندفع ضرر المشتري المشفوع عليه بدفع القيمة له .

رابعاً ـ إسقاط بعض الشفعاء حقه :

قال الحنفية[1] : إذا أسقط بعض الشفعاء حقه :

أ ـ فإن كان قبل أن يقضى لهم ، فلمن بقي أخذ كل المشفوع فيه ، لزوال المزاحمة .

ب ـ وأما إن أسقط حقه بعد القضاء بالشفعة ، فليس لمن بقي أخذ نصيب التارك ؛ لأنه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر .

وقال المالكية ، والشافعية في الأصح ، والحنابلة[2] : إذا أسقط بعض الشفعاء حقه في الشفعة ، بأن عفا ، سقط حقه ، كسائر الحقوق المالية ، وتخير الآخر بين أخذ جميع المشفوع فيه ، أو تركه كله ، وليس له أخذ حقه فقط ، أو الاقتصار على حصته ؛ لأن الشفيع الواحد إذا أسقط بعض حقه ، سقط كله كالقصاص ، لئلا تتبعض الصفقة على المشتري . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر .

---

(١) الدر المختار : ١٥٦/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٤١/٥ ، م ١٠٤٣ مجلة .

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٠/٣ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤ ، المغني : ٣٣٨/٥ .

المبحث الرابع ـ أحكام الشفعة :

أولاً ـ طريق التملك بالشفعة :

قال الحنفية[1] : الشفعة تجب بعقد البيع أي تستحق بعد البيع ، حتى ولو كان البيع فاسداً وسقط الفسخ بوجه ما ، أو كان مشتملاً على خيار للمشتري ، ولا شفعة بمجرد الشراء الفاسد لأنه مستحق الفسخ شرعاً ، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد ، فلا يجوز ، فإن سقط الفسخ بوجه من الوجوه كالتصرف بالمبيع أو البناء عليه . وجبت الشفعة لزوال المانع . كما لا شفعة إذا كان الخيار للبائع ؛ لأنه يمنع زوال الملك عن البائع ، أما خيار المشتري فلا يمنع زوال الملك عن البائع ، والشفعة تبتنى عليه .

ولا بد من طلب المواثبة (أي طلب الشفعة كما سمع ، على وجه السرعة) ، وتستقر بالإشهاد بعد الطلب أي بالطلب الثاني : وهو طلب التقرير ، وتملك بالأخذ بالتراضي ، أو بقضاء القاضي .

أي أن طريق التملك بالشفعة للشفيع يكون بأحد طريقين : إما بتسليم المشتري المبيع للشفيع بالتراضي ، وإما بقضاء القاضي أي بحكم الحاكم من غير أخذ ؛ لأن الملك للمشتري قد تم بالشراء ، فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي ، أو قضاء القاضي ، كما في الرجوع في الهبة ؛ لأن للحاكم ولاية عامة ، فيقدر على القضاء في ضمن الحكم بالحق .

ويترتب عليه : أنه لا يثبت للشفيع في شفعته شيء من أحكام الملك قبل تملكه بأحد الأمرين المذكورين ، فلا تورث عنه عند الحنفية إذا مات في هذه الحالة ، وتبطل شفعته إذا باع داره التي يشفع بها ، ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها .

---

(١) البدائع : ٢٣/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤١٧/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٤٢/٥ ، ٢٥٤ ، الدر المختار : ١٥٤/٥ ، اللباب : ١٠٧/٢ ، ١١٤ ، م ١٠٣٦ ، ١٠٣٨ مجلة .

والتملك بأحد هذين الطريقين متفق عليه بين المذاهب[1] ،لكن قال المالكية : تملك الشفعة بأحد أمور ثلاثة : بحكم من حاكم ، أو دفع ثمن للمشتري ، أو إشهاد بالأخذ بالشفعة ولو في غيبة المشتري .

ولا شفعة عند غير الحنفية في بيع فاسد ؛ لأنه باطل عندهم أي منعدم شرعاً . واستثنى المالكية حالة تصرف المشتري بشراء فاسد بالشيء إلى غيره ببيع صحيح ، فللشفيع أن يأخذه من المشتري الثاني بما دفعه من الثمن . فإن طرأ في يد المشتري على المبيع بيعاً فاسداً ما يغير ذاته كالهدم مثلاً ، فللشفيع الأخذ بما لزم المشتري : وهو القيمة إن كان الفساد متفقاً عليه ، والثمن إن كان الفساد مختلفاً فيه .

وتملك العقار بالشفعة هو بمنزلة شراء جديد مبتدأ ، فيثبت للشفيع حق الرد بخيار الرؤية وخيار العيب[2] ، كما هو مقرر في كل عقد بيع .

والذي يتملكه الشفيع بالشفعة : هو الذي ملكه المشتري بالشراء ، سواء ملكه أصلاً ، أو تبعاً لغيره إذا كان متصلاً به وقت التملك بالشفعة ، كالبناء والغرس والزرع والثمر . وهذا استحسان عند الحنفية ؛ لأن الحق إذا ثبت في العقار ، ثبت فيما هو تبع له إن كان منقولاً متصلاً به ؛ لأن حكم التبع حكم الأصل[3] .

ثانياً ـ ما يلزم الشفيع دفعه أو ما يؤخذ به المشفوع :

أ ـ الثمن الواجب دفعه :

اتفق الفقهاء على أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن ، أو العوض الذي ملك به ، أو بمثل الثمن الذي تملك به المشتري ، لا بمثل المبيع الذي يملكه المشتري ؛ لأن الشرع أثبت

---

(١) الشرح الصغير : ٦٤٠/٣ ، ٦٤٧ ، مغني المحتاج : ٣٠٠/٢ ، كشاف القناع : ١٧٧/٤ ، المغني : ٣٤٦/٥ وما بعدها ،الشرح الكبير : ٤٨٧/٣ .

(٢) البدائع : ٢٤/٥ ، م ١٠٣٧ مجلة ، تبيين الحقائق : ٢٤٦/٥ وما بعدها .

(٣) البدائع : ٢٧/٥ وما بعدها .

للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملك به[1] قدراً وجنساً، لحديث جابر «فهو أحق به بالثمن»[2]، كما يلزم الشفيع بما أنفقه المشتري كأجرة دلال وكاتب ورسوم فإن كان الثمن مثلياً كالمكيل والموزون، أخذه الشفيع بمثله (أي مثل الثمن) لأنه من ذوات الأمثال، وإن لم يكن الثمن مثلياً، أخذه الشفيع بقيمته (أي قيمة الثمن)؛ لأنها بدله في القرض والإتلاف، وقت لزوم العقد؛ لأنه حين استحقاق الأخذ.

وإن بيع عقار بعقار (مقايضة)، وكان شفيعهما واحداً، أخذ الشفيع كل واحد من العقارين بقيمة الآخر، لأنه بدله، وهو من ذوات القيم (القيميات)، فيأخذه بقيمته. وإن اختلف شفيعهما، يأخذ شفيع كل منهما ماله فيه الشفعة بقيمة الآخر.

وإن اشترى ذمي داراً بخمر أو خنزير، وكان الشفيع ذمياً، أخذها بمثل الخمر، وقيمة الخنزير، وإن كان الشفيع مسلماً أخذها عند غير الحنابلة بقيمة الخمر والخنزير. أما الخنزير فظاهر أنه مال قيمي، وأما الخمر فلمنع المسلم عن التصرف فيه، فالتحق بغير المثلي.

وتحسب قيمة الشيء المبيع يوم البيع، لا يوم الأخذ بالشفعة، باتفاق الفقهاء، لأنه وقت إثبات العوض، واستحقاق الشفعة.

وقال الحنابلة[3]: لا شفعة فيما اشتراه الذمي بخمر أو خنزير، لأنهما ليسا بمال.

---

(١) تكملة الفتح: ٤٢٧/٧، تبيين الحقائق: ٢٤٩/٥، اللباب: ١١٤/٢ ـ ١١٥، الشرح الصغير: ٦٣٥/٣، ٦٣٧، مغني المحتاج: ٣٠١/٢، المهذب: ٣٧٨/١ وما بعدها، المغني: ٣٢٢/٥، كشاف القناع: ١٧٧/٤، بداية المجتهد: ٢٥٦/٢.

(٢) رواه أبو اسحق الجوزجاني في المترجم.

(٣) كشاف القناع: ١٥٢/٤

ب ـ الحط من الثمن أو الزيادة عليه :

قال الحنفية[1] : إذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سواء قبل الأخذ بالشفعة أم بعدها ، سقط قدر المحطوط عن الشفيع ؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد ، فيظهر ذلك في حق الشفيع ؛ لأنه يأخذ الشفعة بالثمن ، والثمن هو الباقي المستقر عليه .

أما إن حط البائع عن المشتري جميع الثمن ، لم يسقط عن الشفيع منه شيء ؛ لأن حط الكل لا يلتحق بأصل العقد بحال ، لخروج العقد عن موضوعه ، فيصبح هبة ، ولم يبق ما يعد ثمناً .

وإذا زاد المشتري البائع في الثمن ، أو جَدَّد العقد بأكثر من الثمن الأول ، لم تلزم تلك الزيادة الشفيع ، لأن في الزيادة ضرراً به ، لاستحقاقه الأخذ بالثمن الأول الأصلي ، بخلاف مسألة الحط من الثمن ، لأن فيه منفعة له .

والخلاصة : أنه يثبت في حق الشفيع الحط أو النقص من الثمن دون الزيادة .

واتفق بقية الفقهاء مع الحنفية على أنه لو حط البائع جميع الثمن ، فلا شفعة ، لانتفاء البيع .

وقال الشافعية والحنابلة[2] : لو حط بعض الثمن عن المشتري أو زيد قبل لزوم العقد أي في مدة الخيار ، انحط عن الشفيع مقدار النقص ، ويلزم بالزيادة ؛ لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد ، وزال الخيار ، والتغيير يلحق العقد . فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد ، فحط أو زيد في الثمن ، لم يلحق بالعقد ؛ لأن النقص حينئذ إبراء

---

(١) المبسوط : ١٠٧/١٤ ، الكتاب مع اللباب : ١١٥/٢ وما بعدها ،تكملة الفتح : ٤٢٧/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٤٨/٥ وما بعدها ، البدائع : ٢٧/٥

(٢) نهاية المحتاج : ١٤٩/٤ ، المغني : ٣٢٢/٥ ، كشاف القناع : ١٧٧/٤

مبتدأ جديد ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع ، والزيادة بعد مدة الخيار هبـة ، تطبق عليها شروط الهبة .

جـ - تأجيل الثمن :

قال الحنفية ماعدا زفر ، والشافعية في الأظهر من أقوال الشافعي في الجديـد[1] : إذا أجـل الثمن كلـه أو بعضـه ، ليس للشفيـع الاستفـادة من هـذا الأجـل الممنـوح للمشتري ، وإنما يكون الشفيع بالخيار بين أن يعجل (يدفع الثمن حالاً) ويأخذ المبيع (أو الشقص أي الحصـة) في الحـال ، أو يصبر حتى ينقضي الأجـل ، ولا يسقـط حقـه بتأخيره إلى حلول الأجل ، لعـذره ، لكن يجب عليـه طلب الشفعـة في حينهـا ، وإلا سقط حقه فيها ؛ لأن العقد هو شرط ثبوتها ، وقد وجد .

والسبب في عـدم إفـادتـه من الأجل : هـو أن الشفعـة ليست تحـويـل الصفقـة بصفتها للشفيع من المشتري ، وإنما هي نقض العقـد الـذي تم بين البـائع والمشتري ، ثم انعقاد بيع آخر للشفيع .

وقـــال زفر : للشفيـــع الاستفـــادة من الأجـــل ؛ لأن الأجـــل وصف في الثمن كالزيافة ، والأخذ بالشفعة يكون بالثمن ، فيأخذه به وصفاً وأصلاً .

وقال المـالكيـة والحنـابلـة[2] : للشفيع الاستفـادة من تـأجيل الثمن الـذي تم بـه العقد ، إذا كان مليئاً ثقة ، أو كفلـه مليء ثقـة . فـإن لم يكن موسراً ، ولا ضمنـه مليء ، وجب عليه دفع الثمن حالاً ، رعاية للمشتري . وهذا الرأي أولى بالاتباع ضماناً لمصلحـة المشتري الذي فقد الصفقة بسبب الشفعة .

---

(١) المبسوط : ١٠٣/١٤ ، البـدائـع : ٢٤/٥ ، ٢٧ ، تكملـة الفتـح : ٤٢٨/٧ ، تبيين الحقـائـق : ٢٤٩/٥ ، نهـايـة المحتاج : ١٥٠/٤ ، مغني المحتاج : ٣٠١/٢ ، الإفصاح لابن هبيرة : ص ٢٧٧

(٢) الشرح الصغير : ٦٣٧/٣ ،بداية المجتهد : ٢٥٦/٢ ،المغني : ٣٢٣/٥ ، كشاف القناع : ١٧٩/٤

د ـ هل يتوقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع الثمن ؟

قال الحنفية في ظاهر الرواية ، والشافعية والمالكية والحنابلة[1] : لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، ولا إحضار الثمن ، ولا حضور المشتري ، فلا يتوقف صدور الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الشفيع الثمن إلى مجلس القضاء ؛ لأن حقه ثبت بمجرد البيع لأجنبي دفعاً للضرر عنه ، فصار كما لو صدر الشراء له من البائع من أول الأمر ، أو لأن الشفيع يصير متملكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة ، فكأنه اشتراه من البائع ، والتملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن ، كالشراء أو البيع المبتدأ بجامع أنه تملك بعوض .

لكن قال المالكية : إن قال الشفيع : أنا آخذ الشفعة ، أجل ثلاثة أيام لإحضار الثمن ، فإن أتى به فيها وإلا سقطت شفعته .

وقال محمد بن الحسن : لا يقضي القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن ، دفعاً للضرر عن المشتري ؛ لأن الشفيع ربما يكون مفلساً ، فيتوقف القضاء على إحضار الثمن ، ويؤجله القاضي يومين أو ثلاثة تمكيناً له من نقد الثمن ، إذ لا يصح دفع الضرر عن الشفيع بإضرار غيره .

لكن ما يخشاه محمد من هذا المحذور يمكن دفعه ، كما يقول أبو حنيفة وأبو يوسف ، بأن للمشتري حبس العين في يده ، حتى يدفع الشفيع الثمن .

ووفق الكاساني بين الرأيين ، فقال : هذا عندي ليس باختلاف على الحقيقة ، وللقاضي أن يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن بلا خلاف ؛ لأن لفظ محمد رحمه الله : « ليس ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة ، حتى يحضر الشفيع المال » لا يدل على أنه

---

(١) المبسوط : ١١٩/١٤ ، تبيين الحقائق : ٢٤٥/٥ ، تكملة الفتح : ٤٢٢/٧ ، اللباب : ١١٢/٢ ، البدائع : ٢٤/٥ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٣٠٠/٢ ، الشرح الصغير : ٦٤٧/٣ ـ ٣٤٩ ، كشاف القناع : ١٧٧/٤

ليس لـه أن يقضي ، بل هـو إشـارة إلى نـوع احتيـاط ، ولهـذا لـو قضى جـاز ، ونفـذ قضاؤه ، نص عليه محمد .

هـ ـ استحقاق المشفوع فيه :

إذا استحق المشفوع فيه فمن الذي يتحمل العهدة وضمان الثمن ؟ الأمر مختلف فيه على رأيين . والمراد بالعهـدة : رجوع من انتقل الملـك إليـه وهو الشفيع على من انتقل الملك عنه من بائع أو مشتر بالثمن عند الاستحقاق أو الأرش (التعويض) عنـد ظهور عيب من العيوب .

فقال الحنفية[1] : إن ضمان الثمن عنـد الاستحقـاق يكون على المشتري ، إن أخـذ الشفيع المبيع منه ، ونقده الثمن ؛ لأنه هو الذي قبض الثمن ، ولأن المبيع قد انتقل منـه إلى الشفيع . وهذا هو الغالب .

وقـد يكون على البـائع ، إذا كان الشفيع قـد أخـذ المبيـع منـه قبـل تسليمـه إلى المشتري ؛ لأنه هو الذي قبض الثمن ، وانتقل المبيع منه إلى الشفيع .

وقال الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)[2] : إذا أخـذ الشفيع الشقص (الجزء المبيع المشترك فيه) ، فظهر مستحقـاً أو معيبـاً ، فيرجع بـالثمن أو الأرش (التعويض) على المشتري ، ويرجع المشتري على البائع ؛ لأن الشفيع أخذ المبيع من المشتري على أنه ملكه ، فيرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه .

و ـ اختلاف الشفيع والمشتري في قدر الثمن :

إذا اختلف الشفيـع والمشتري في قـدر الثمن ، فـادعى المشتري ـ بطبيعـة الحـال ـ الأكثر ، وادعى الشفيع الأقل ، فمن الذي يصدق قوله ؟

---

(١) تكملة الفتح : ٤٣٣/٧ ، الدر المختار : ١٦٠/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٩/٢ ، البدائع : ٣٠/٥ .

(٢) الشرح الكبير : ٤٩٣/٣ ، المهذب : ٣٨٣/١ ، المغني : ٣٤٤/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٨٢/٤ .

يرى جمهور الفقهاء (في المذاهب الأربعة وغيرها)[1] : أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في قدر الثمن ، فقال المشتري : اشتريته بمائة ، وقال الشفيع : بل بخمسين ، فالقول قول المشتري بيمينه ؛ لأنه أعلم بما باشره من الشفيع ، ولأن الشفيع مدع الأقل ، والمشفوع عليه مدعى عليه ، ينكر ذلك ، والقول قول المنكر مع يمينه .

إلا أن المالكية قيدوا الأخذ بقول المشتري بقيد ، فقرروا أن القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه تقدير المقدرين ، أو ثمن المثل ، وإلا أي إن أتى بما لا يشبه تقديرهم ، بأن ادعى ما شأنه ألا يكون ثمناً ، فالقول قول الشفيع إن أتى بما يشبه التقدير المعقول .

فإن لم يكن قول كل من المشتري والشفيع مشبهاً التقدير المعقول ، حُلِّف كل منهما على مقتضى دعواه ، ورد دعوى صاحبه ، ورد الثمن إلى القيمة الوسط بين الناس وهي قيمة الحصة يوم البيع ، كما لو نكلا معاً عن حلف اليمين .

وأضاف الحنفية[2] أن القول قول المشتري إذا اختلف مع الشفيع في جنس الثمن أو في صفته ، مثال الأول : أن يقول المشتري : اشتريت بمائة دينار ، وقال الشفيع : لا ، بل بألف درهم ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس ، وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، ولأن المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع ؛ لأن الشراء وجد منه ، لا من الشفيع ، فكان أعرف به من الشفيع ، فيرجع في معرفة الجنس إليه .

ومثال الاختلاف في صفة الثمن : أن يقول المشتري : اشتريت بثمن معجل ، وقال الشفيع : لا ، بل اشتريته بثمن مؤجل ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الحلول في

(١) البدائع : ٣٠/٥ ـ ٣٢ ، تكملة الفتح : ٤٢٤/٧ ، اللباب مع الكتاب : ١١٥/٢ ، بداية المجتهد : ٢٦١/٢ ، الشرح الصغير : ٦٥٦/٣ ، مغني المحتاج : ٣٠٤/٢ ، المغني : ٣٢٨/٥ ، ٣٣٣ .

(٢) البدائع : ٣٠/٥ ـ ٣٢ .

الثمن أصل ، والأجل عارض ، والمشتري يتمسك بالأصل ، فيكون القول قوله بيمينه ، ولأن العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره ، ولأن الأجل يثبت بالشرط ، والشفيع يدعي عليه شرط التأجيل ، وهو ينكر ، فكان القول قوله .

المبحث الخامس ـ شروط الشفعة :

للأخذ بالشفعة شروط ، وقع في بعضها اختلاف بين الفقهاء ، وهي ما يلي :

١ ـ خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً لا خيار فيه .

٢ ـ أن يكون العقد عقد معاوضة وهو البيع وما في معناه .

٣ ـ أن يكون العقد صحيحاً .

٤ ـ أن يكون الشفيع مالكاً وقت الشراء وإلى القضاء له بالشفعة : (شرط ملك الشفيع) .

٥ ـ عدم رضا الشفيع بالبيع .

واشترط الجمهور غير الحنفية أن يكون الشفيع شريكاً ، فلا شفعة لجار عندهم ، وقد بحثناه في بحث الشفيع ، كما اشترطوا أن يكون المبيع شقصاً (جزءاً) مشاعاً مع شريك قابلاً لقسمة الإجبار ، وقد بحثناه في بحث المشفوع فيه ، ولم يشترطه الحنفية .

واشترط كل الفقهاء أن يأخذ الشريك جميع الشقص المبيع ، لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة في حقه ، بأخذ بعض المبيع ، وترك البعض الآخر ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر ، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته .

ولم أجد حاجة للكلام عن اشتراط كون المشفوع فيه عقاراً ، فقد تكلمنا عنه في بحث مستقل في المبحث الثاني .

كما لا داعي للبحث في اشتراط عدم كون المشفوع فيه ملكاً للشفيع وقت البيع ،

فإن كان ملكاً له لم تجب الشفعة ، لاستحالة تملك الإنسان مال نفسه . فهذا مفهوم بداهة ، إذ لا يثير نزاعاً يؤدي إلى اللجوء إلى الشفعة .

وأما اشتراط المبادرة إلى طلب الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي ، فمحله بحث مستقل في إجراءات الشفعة .

الشرط الأول ـ خروج العقار عن ملك صاحبه خروجاً باتاً :

يجب أن يزول ملك البائع عن العقار المبيع ، من طريق البيع البات النهائي اللازم الذي لا خيار فيه ، فلا تستحق الشفعة في العقار إذا بيع بشرط الخيار . وهذا شرط متفق عليه بين المذاهب الأربعة ، فقد اتفق فقهاؤهم على أن البيع المشتمل على خيار فيه للبائع ، لا شفعة فيه ، حتى يجب البيع أو يلزم . وعلى هذا لو كان الخيار لكل من العاقدين ، فلا شفعة ، لأجل خيار البائع .

واختلفوا في البيع المشتمل على خيار للمشتري ، فقال الحنفية ، والشافعية في الأظهر الراجح عندهم[1] : لو كان الخيار للمشتري ، تجب الشفعة ؛ لأن خياره عند الحنفية لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع ، ولأن المبيع في زمن الخيار للمشتري على الراجح عند الشافعية . هذا في خيار الشرط .

أما خيار العيب والرؤية ، فلا يمنع وجوب الشفعة ؛ لأنه لا يمنع زوال ملك البائع .

وقال المالكية والحنابلة[2] : لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء أكان الخيار لكل من البائع والمشتري ، أم لأحدهما ، فوجود الخيار للمشتري يمنع

(١) البدائع : ١٣/٥ ، الهداية مع تكملة الفتح : ٤٣٨/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٥٣/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ١٦٠/٥ ، ١٦٧ ، الكتاب مع اللباب : ١١٤/٢ ، مغني المحتاج : ٢٩٩/٢ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٥٦/٢ ، الشرح الصغير : ٦٣٣/٣ ، المغني : ٢٩٤/٥ ، كشاف القناع : ١٨١/٤ .

الشفعة ؛ لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ، ويوجب العهدة[1] عليه ، ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن ، فلم يجز ، كما لو كان الخيار للبائع .

الشرط الثاني ـ أن يكون العقد عقد معاوضة :

لا يثبت الحق في الشفعة إلا إذا خرج العقار عن ملك صاحبه بعقد معاوضة ، وهو البيع ، أو ما في معناه كالهبة بشرط العوض إن تقابضا ، والصلح عن مال لأنه معاوضة ، سواء أكان العقار المبيع وقفاً أم غير وقف .

ففي البيع تجب الشفعة ، لانتقال المبيع إلى المشتري بعوض ، لحديث جابر السابق : « فإن باعه ، ولم يؤذنه ، فهو أحق به » . وفي الهبة بعوض تجب الشفعة عند الحنفية إن تقابضا ، لوجود معنى المعاوضة ، عند التقابض ؛ لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فإن قبض أحدهما دون الآخر ، فلا شفعة عند أئمة الحنفية الثلاثة (أبي حنيفة وصاحبيه) ، وعند زفر : تجب الشفعة بنفس العقد ؛ لأن الهبة بشرط العوض عند الثلاثة : تقع تبرعاً ابتداء ، معاوضة انتهاء ، وبناء عليه : يشترط ألا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً ، لأنه هبة ابتداء . وعند زفر : تقع معاوضة ابتداء وانتهاء .

ولم يشترط التقابض عند الجمهور غير الحنفية في الهبة بشرط العوض (الثواب) ؛ لأن الهبة عندهم عقد لازم ، ولأن الموهوب له يملك الموهوب بعوض هو مال ، فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة .

وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح ، سواء أكان الصلح على الدار عند الحنفية عن إقرار أم إنكار ، أم سكوت ، لوجود معنى المعاوضة .

---

(١) المراد بالعهدة هنا : رجوع من انتقل الملك إليه من شفيع أو مشتر على من انتقل عنه الملك من بائع أو مشتر بالثمن أو الأرش عند استحقاق الشقص (الحصة من المبيع) أو عيبه (كشاف القناع : ١٨٢/٤) .

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء في المشهور عن مالك[1] ، فلا شفعة بناء عليه إذا زالت ملكية البائع عن ملكه بلا عوض مطلقاً ، كالهبة بغير شرط العوض ، والوقف ، والوصية والميراث ؛ لأن الشفعة حق تملك جبري ، يملك به المبيع جبراً عن المشتري بمثل ما ملك (أي بالثمن والتكاليف التي دفعها) ، وهذه التصرفات تؤدي إلى نقل الملكية بغير عوض أي بالمجان ، فلا يتأتى تحقق شرط الشارع في تملك الشفعة وهو البيع بمعاوضه وما في معناه .

لكن الفقهاء اختلفوا في التملك بعوض غير مالي ، كالمهر ، وبدل الخلع ، أو أجر طبيب أو محام مثلاً ، أو أجرة دار ، أو عوض في الصلح عن دم عمد .

فقال الحنفية والحنابلة[2] : يشترط أن يكون عقد المعاوضة معاوضة مال بمال ، فلا شفعة إذا كان العوض غير مال ، كما في هذه الأحوال ، لأن الشيء في المعاوضة غير المالية يشبه الموهوب والموروث ، ولأن هذه الأعواض لا مثل لها ، حتى يأخذ الشفيع الشيء بمثلها ، فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه ، وهو التملك بما تملك به المشتري ، فلم يكن مشروعاً . وأوضح الحنابلة أنه لا تجب الشفعة بفسخ يرجع به المبيع إلى البائع ، كرده بعيب أو إقالة . وقال الحنفية : إذا اقتسم الشركاء العقار المشترك بينهم فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، لأنها ليست بمعاوضة مطلقاً ، ولأن الشريك أولى من الجار . وإذا سلّم (تنازل) الشفيع الشفعة ، ثم رد المشتري ما اشتراه بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء قاض ، فلا شفعة للشفيع ؛ لأن هذا الرد فسخ تام ، فعاد المبيع لقديم ملكه ، والشفعة تكون في حالة إنشاء العقد . وإن كان الرد للمبيع بغير قضاء ، أو تقايلا (فسخا) البيع ، فللشفيع الشفعة ؛ لأن الرد فسخ في حق الطرفين ، وبيع

---

(١) البدائع : ١١/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٣٩/٥ ، ٢٥٢ ، الهداية مع التكلمة : ٤٣٦/٧ ـ ٤٣٨ ، الدر المختار : ١٥٧/٥ ، ١٦٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٠/٢ ، بداية المجتهد : ٢٥٥/٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، الشرح الصغير : ٦٣٣/٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢٩٨/٢ ، المهذب : ٣٧٦/١ وما بعدها ، المغني : ٢٩١/٥ ، كشاف القناع : ١٥٢/٤

(٢) تبيين الحقائق : ٢٣٩/٥ ، ٢٥٢ ـ ٢٥٣ ، المغني : ٢٩٢/٥

جديد في حق شخص ثالث ، لوجود معنى البيع (وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي) والشفيع هنا هو الثالث[1] .

وقال المالكية والشافعية[2] : يكفي أن يكون العقد عقد معاوضة ، سواء أكانت بمال أم غير مال ، فتثبت الشفعة بالمعاوضة على غير مال ؛ لأن الغرض من الشفعة دفع ضرر الدخيل ، وهذا متحقق هنا ، ولأنه عقار مملوك بعقد معاوضة ، فأشبه البيع ، ويطالب الشفيع حينئذ بدفع قيمة البدل ، كما لو باعه بعرض تجاري ؛ لأن هذه الأعواض أموال متقومة عندهم ، فيؤخذ الشيء بقيمته عند تعذر الأخذ بالمثل ، فيدفع الشفيع مهر المثل ، وعوض الخلع .

الشرط الثالث ـ أن يكون العقد صحيحاً :

اتفق الفقهاء على هذا الشرط[3] ، لأن المطلوب هو زوال حق البائع في المبيع ، فلا تثبت الشفعة في المشترى شراء فاسداً ؛ لأن هذا العقد يجب ديناً نقضه ، ورد المبيع إلى ملك بائعه ، للتخلص من الفساد ، فلا يكون البيع لازماً ، لاحتمال فسخه من كل العاقدين ، وفي إثبات الشفعة تقرير الفساد .

لكن لو سقط حق فسخ البيع الفاسد بأسباب مسقطة للفسخ ، كزيادة المبيع ، وزوال ملك المشتري بالتصرف في المشترى إلى غيره ، كان للشفيع عند الحنفية والمالكية[4] أن يأخذ بالشفعة ؛ لأن المانع قيام احتمال الفسخ ولقد زال المانع ، كما لو باع شخص بشرط الخيار له ، ثم أسقط الخيار ، وجبت الشفعة لزوال المانع من ثبوت الحق ، وهو الخيار ، فكذا هذا .

---

(١) اللباب : ١٢٠/٢ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٥٢/٤ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢٥٥/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، مغني المحتاج : ٢٩٨/٢

(٣) البدائع : ١٣/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٥٤/٥ ، اللباب : ١١٤/٢ ، الشرح الصغير : ٦٤٠/٣ ، مغني المحتاج : ٢٩٨/٢ ، المغني : ٢٩١/٥

(٤) البدائع ، والشرح الصغير ، المكان السابق .

وفي حالة بيع المشتري الشيء المشترى شراء فاسداً ، يكون الشفيع عند الحنفية بالخيار ، إن شاء أخذ الشفعة بالبيع الأول ، وإن شاء أخذها بالبيع الثاني ؛ لأن حق الشفيع ثابت عند كل من البيعين ، غير أنه إن أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن ، وإن أخذ بالبيع الأول ، أخذ بقيمة المبيع يوم القبض ؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن . وإنما تقدر القيمة يوم القبض ؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض ، كالمغصوب .

ورأي المالكية قريب من هذا ، كما بينا في مبدأ الكلام عن المبحث الرابع .

الشرط الرابع ـ ملك الشفيع المشفوع به وقت البيع :

اتفق الفقهاء على شرط كون الشفيع مالكاً ما يشفع به قبل البيع ، واختلفوا في استمرار الملك حتى القضاء بالشفعة على رأيين :

فقال الحنفية[1] : يشترط استمرار ملك الشفيع حتى يقضى له بالشفعة ، فلو بيع عقار ، فطلبه الشريك أو الجار بالشفعة ، ثم باع ما يشفع به ، سقط حقه فيها ؛ لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع (الشريك أو الجار عندهم) ، ولا ضرر يصيبه من المشتري بعد بيع ملكه .

وكذا لو باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة ، سقط حقه ، سواء أكان عالماً ببيع الدار المشفوع فيها ، أم لم يعلم .

وقال جمهور الفقهاء (غير الحنفية)[2] : يشترط ثبوت ملك الشفيع وقت البيع فقط ، ولا يشترط استمرار الملك إلى وقت القضاء بالشفعة . وعليه نص الشافعية

---

(١) البدائع : ١٤/٥ ، تكملة الفتح : ٤٤٦/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١١٣/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٥٧/٥ ، ١٧٠

(٢) بداية المجتهد : ٢٦٠/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، مغني المحتاج : ٢٩٨/٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٨ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٣٠٨/٤ ، المهذب : ٣٨٣/١ ، المغني : ٣١٧/٥ ، ٣٤٦ ، غاية المنتهى : ٢٦٣/٢ ، كشاف القناع : ١٥٣/٤ ، ١٥٨ ، ١٧٦ ، الشرح الصغير للدردير : ٦٤٥/٣ ، الشرح الكبير : ٤٧٤/٣ ، ٤٨٧

فقالوا : لو باع الشفيع حصته ، أو أخرجها عن ملكه بغير البيع كالهبة ، جاهلاً بالشفعة ، فالأصح بطلانها ، لزوال سببها ، وهو الشركة أي حين البيع .

أ ـ ويترتب على هذا الشرط بالاتفاق أنه لا شفعة لشخص بدار يسكنها بالإجارة ، أو الإعارة ، ولا بدار باعها قبل بيع المشفوع فيه ، ولا بدار جعلها مسجداً ، ولا بدار جعلها وقفاً ، فلا شفعة للوقف أي ليس لناظر الوقف أن يطلب تملك العقار المبيع بجوار الأراضي الموقوفة ، إذ لا مالك للوقف .

أما إذا بيع الوقف عند الحنفية القائلين بجواز الاستبدال بالعين الموقوفة للضرورة أو للحاجة والمصلحة ، فيثبت حق الشفعة للجار ؛ لأنه بالبيع يصبح غير موقوف ، فيجوز أخذه بالشفعة .

كذلك تثبت الشفعة عند الحنفية في حالة بيع العقار الموقوف غير المحكوم به[1] ، كما تثبت في بيع الأراضي العشرية والخراجية لأنها مملوكة ، بخلاف الأراضي السلطانية ، فإنه لا شفعة فيها .

وأجاز المالكية[2] للسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال ، كما إذا مات أحد الشريكين ، ولا وارث له ، فأخذ السلطان نصيبه لبيت المال ، ثم باع الشريك الآخر حصته ، فللسلطان الأخذ بالشفعة لبيت المال . وكما لو مات إنسان عن بنت مثلاً ، فأخذت النصف ، ثم باعته ، فللسلطان الأخذ من المشتري لبيت المال .

ب ـ ويتفرع على الخلاف السابق بين الفقهاء في شرط استمرار ملك المشفوع به : إرث حق الشفعة .

---

(١) يرى أبو حنيفة أن الوقف لا يلزم ويزول ملك الواقف عنه إلا إذا حكم به الحاكم ، أو علقه الواقف بموته (الهداية : ١٠/٣) .

(٢) الشرح الصغير : ٦٣٢/٣ ، الشرح الكبير : ٤٧٤/٣ .

فقال الحنفية : لا يثبت للوارث حق الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد طلب الشفعة قبل القضاء ، فليس للوارث الشفعة في عقار بيع في حياة مورثه ؛ لأن الوارث لم يكن مالكاً ما ورثه وقت العقد .

وقال الجمهور : يثبت حق الشفعة للوارث ، إذا طالب به الشفيع المورث بعد البيع قبل موته ، بخلاف ما إذا مات قبل الطلب ؛ لأن الوارث خليفة المورث ، فله كل حقوق مورثه ، ومنها حق الشفعة ، دفعاً لضرر الدخيل عن نفسه .

ومنشأ الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في إرث خيار الشرط : هو هل تورث الحقوق كما تورث الأموال ؟ فعند أبي حنيفة : لا تورث ، وعند الجمهور : تورث[1] .

الشرط الخامس ـ عدم رضا الشفيع بالبيع وحكمه :

اتفق الفقهاء على اشتراط ألا يصدر من الشفيع ما يدل على رضاه ببيع العقار المشفوع فيه ، فإن رضي بالبيع أو بحكمه قولاً ، أو فعلاً بأن باع الشفيع المشفوع به أو سكت مدة طويلة من غير عذر ، سقط حقه في طلب الشفعة ؛ لأن الشفيع بالخيار بين الأخذ والترك ؛ لأن الشفعة حق ثبت له لدفع الضرر عنه ، فخير بين أخذه وتركه .

وقدر المالكية مدة السكوت فقالوا : ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط الشفعة من قول أو فعل أو سكوت مدة سنة كاملة بعد العقد فأكثر بلا مانع ، مع علمه وحضوره .

لكن يشترط لسقوط هذا الحق : ألا يكون هناك تدليس أو خديعة للشفيع لإسقاط الشفعة ، من طريق المشتري ، أو الثمن ، أو قدر المبيع نفسه[2] .

---

(١) المبسوط : ١١٦/١٤ .

(٢) البدائع : ١٥/٥ ، ١٩ ـ ٢٠ ، المبسوط : ١٠٥/١٤ ، ١١١ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٧٣/٥ ، اللباب : ١١٨/٢ ، الشرح الصغير : ٦٤٣/٣ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ١٥٩/٤ ، المهذب : ٣٧٩/١ ، مغني المحتاج : ٣٠٨/٢ ، المغني : ٣٠٢/٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ .

فإذا أخبر أن المشتري فلان ، وكان المشتري بالفعل غيره ؛ أو أن الثمن كذا ، وكان الثمن بالفعل أقل أو من جنس أو نوع أو وصف آخر ، أو أن المبيع جزء معين ، وكان المبيع بالفعل جزءاً أو أكثر أو كل المبيع ، فسلم الشفعة أي أعرض عنها ، ثم تبين الحقيقة والواقع ، بقي حقه ، وكان له الشفعة ؛ لأنه إنما تركها لغرض بان خلافه ولم يتركه رغبة عنه .

لكن لو كان الأمر على عكس بعض هذه الحالات الثلاثة السابقة ، كأن أخبر بأن الثمن ألف ، فبان أكثر من ألف ، أو أن المبيع كله ، فبان بعضه ، أو أن الثمن مؤجل ، فبان حالاً نقداً ، سقط حقه في الشفعة ، لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل ، أو بالمؤجل ، فبالأكثر ، أو المعجل أولى . ومن رغب عن شراء الكل ، رغب عن شراء البعض بالأولى ، خوف ضرر الشركة . والحالة الأخيرة هي الرواية المشهورة (ظاهر الرواية) عند الحنفية ، وهي مذهب المالكية ، أي أن الشفعة تسقط إذا أخبر الشفيع أن شريكه باع الكل ، فترك الشفعة ، ثم تبين أنه لم يبع إلا النصف مثلاً .

وقال أبو يوسف والحنابلة : إن للشفيع الشفعة في الحالة الأخيرة ؛ لأنه قد يعجز عن ثمن الكل ويقدر على ثمن النصف مثلاً ، وقد تكون حاجته إلى النصف لإتمام مرافق ملكه ، ولا يحتاج إلى الكل .

والخلاصة عند الجمهور : أن الشفيع إذا أخبر بما هو الأنفع له ، فترك الأخذ بالشفعة ، بطل حقه ، وإلا فلا .

الاحتيال لإسقاط الشفعة :

اتفق الحنفية على كراهية الحيلة تحريماً لإسقاط الشفعة بعد ثبوتها أي بعد البيع ، أما الحيلة لدفع ثبوت الشفعة قبل البيع ، فيروى عن أبي يوسف ، وبقوله يفتى : أنه لا تكره ، إذا كان الجار غير محتاج للمشفوع فيه ؛ لأنها منع عن إثبات الحق ،

فلا يعد ضرراً . وتكره عند محمد ؛ لأن الشفعة إنما وجدت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة لما تحقق دفع الضرر[1] .

والخلاصة : أن المقرر عند الحنفية ومثلهم الشافعية : أنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة ، كأن يقر له ببعض الملك ثم يبيعه الباقي .

أما الحنابلة والمالكية : فقد حرموا صراحة الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط ؛ لأنها شرعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيل لترتب الضرر[2] .

المبحث السادس - إجراءات الشفعة

بما أن الشفعة حق ضعيف كما يقول الفقهاء ، فلا تكون سبيلاً للتملك بها إلا باتخاذ إجراءات خاصة بطلبها من الشفيع بمجرد العلم بالبيع ، حتى يحكم له بها .

وقد قال الحنفية : يلزم في الشفعة طلبات ثلاثة : هي طلب المواثبة ، وطلب التقرير والإشهاد ، وطلب الخصومة والتملك[3] . ويحسن قبل الكلام عن هذه الإجراءات بيان اختلاف الفقهاء حول وقت وجوب الشفعة .

وقت وجوب الشفعة : اشترط الحنفية طلب الشفعة فور العلم بالبيع ؛ لأنها حق ضعيف ، فيتقوى بالطلب الفوري حسب المعتاد .

ولم يشترط الإمام مالك المطالبة بالشفعة على الفور ، وإنما وقت وجوب الأخذ بالشفعة عنده متسع ، وهو في حدود السنة بعد العقد ، على أشهر الأقوال عنه[4] .

---

(١) الهداية مع تكملة الفتح : ٤٥٠/٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٧٣/٥ ، اللباب : ١١٨/٢ .

(٢) المغني : ٣٢٦/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٤٩/٤ وما بعدها ، الإفصاح : ص ٢٧٦ .

(٣) م ١٠٢٨ مجلة ، البدائع : ١٧/٥ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٠ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤١٦/٧ ، ٤١٨ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٢٤٢/٥ ، الدر المختار : ١٥٧/٥ وما بعدها ، اللباب : ١٠٧/٢ ، ١١٢ .

(٤) الشرح الكبير : ٤٨٧/٣ وما بعدها ، الشرح الصغير : ٦٣٩/٣ ، ٦٤٥ ، بداية المجتهد : ٢٥٩/٢ .

واشترط الشافعية على الأظهر[1] : المبادرة إلى طلب الشفعة على الفور أي بعد علم الشفيع بالبيع ؛ لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، فإذا علم الشفيع بالبيع ، فليبادر على العادة ، فلو كان الشفيع في الصلاة أو في الحمام أو في حال قضاء الحاجة ، لم يكلف قطع ما هو فيه ، وإنما له التأخير إلى الفراغ مما هو فيه . والضابط فيه : أن ما عد توانياً في طلب الشفعة أسقطها ، وإلا فلا .

وإن كان مريضاً أو غائباً عن بلد المشتري ، أو خائفاً من عدو ، فليوكل إن قدر ، وإلا بأن عجز عن التوكيل ، فليشهد على الطلب للشفعة رجلين عدلين أو عدلاً وامرأتين . فإن ترك الشفيع المقدور عليه من التوكيل والإشهاد ، بطل حقه في الأظهر .

والحنابلة كالشافعية قالوا[2] : يشترط المطالبة بالشفعة على الفور بمجرد العلم بالبيع ، بأن يشهد الشفيع على طلب الشفعة ، حين يعلم بالبيع ، إن لم يكن له عذر يمنعه من الطلب . ثم إذا أشهد على الطلب له أن يخاصم المشتري ، ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين .

وبه يتبين أن الجمهور يقولون : إن الشفعة على الفور ، للحديث النبوي : « الشفعة كحل العقال »[3] ، ولأن ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه .

وأما المالكية : فلم يشترطوا الفورية ، فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة بعد العقد ، فما دونها ، أو غاب وعاد في أثناء السنة ، ثم طلب الشفعة ، أخذها ؛ لأن

---

(١) المهذب : ٣٨٠/١ ، مغني المحتاج : ٣٠٧/٢ ، حاشية الباجوري : ١٩/٢ ، المحلي على المنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة : ٥٠/٣ .

(٢) كشاف القناع : ١٥٦/٤ ، المغني : ٢٩٩/٥ ، ٣٠٦ وما بعدها .

(٣) ويروى « كنشطة العقال » رواه ابن ماجه ، والبزار وابن عدي من حديث ابن عمر ، وهو ضعيف (نصب الراية : ١٧٦/٤ وما بعدها) .

السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن الأحوال ما يدل على إسقاطه . لكن يحق للمشتري المطالبة عند الحاكم للشفيع بعد الشراء بأن يحدد موقفه ، إما بالأخذ بالشفعة أو الترك ، فإن أجاب بواحد منهما فظاهر ، وإلا أسقط الحاكم شفعته .

مراحل طلب الشفعة : يبدأ الشفيع بطلب الشفعة عند الحنفية كما يلي :

١ ـ **طلب المواثبة :** أي المبادرة والسرعة ، وهو أن يطلب الشفيع في مجلس علمه بالبيع الأخذ بالشفعة ، بلفظ يفهم منه طلبها مثل : أطلب الشفعة أو أنا طالبها ، أو أنا شفيع المبيع وأطلبه بالشفعة ونحوه[1] ، لقوله ﷺ : « الشفعة لمن واثبها »[2] ولا يلزم الإشهاد من الشفيع على هذا الطلب ، وإنما هو أفضل ، لمخافة جحود أو إنكار الخصم (المشتري) الطلب في ساحة القضاء . فالمعتبر هو الطلب ، وإنما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهادة عند الإنكار، كالطلب والإشهاد لهدم الحائط المائل ، لا يشترط الإشهاد للضمان ، وإنما لإثبات سبب الضمان .

ويلاحظ أن أصح الروايتين عند الحنفية : هو بقاء الحق في الطلب مادام الشفيع في مجلس العلم بالبيع ، مهما امتد .

والأظهر عند الشافعية كما بينا أن هذا الطلب على الفور .

وكذلك قال الحنابلة : الشفعة بالمواثبة ساعة العلم بالبيع أي على الفور .

وأما المالكية : فوقت الطلب عندهم كما بينا على التراخي ، لمدة سنة ، على أشهر أقوال مالك .

---

(١) م (١٠٢٩) مجلة .

(٢) رواه الفقهاء في كتبهم ، وهو كما قال الزيلعي عنه : غريب ، وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح : « إنما الشفعة لمن واثبها » فهو أثر ، وليس بحديث (نصب الراية : ١٧٦/٤) .

٢ ـ **طلب التقرير :** وهو أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول . إذ قد يكون الطلب الأول عن رغبة عارضة من الشفيع ، ثم يتبين أمره وظروفه وإمكاناته المادية ، فلا بد من هذا الطلب لتأكيد وتقرير الطلب الأول[1] .

ويشترط في هذا الطلب : أن يكون على فور الطلب الأول ، والإشهاد عليه ، بأن يشهد الشفيع على رغبته بالشفعة رجلين أو رجل وامرأتين ، ومدة هذا الطلب ليست على فور المجلس في الأكثر ، بل هي مقدرة بمدة التمكن من الإ شهاد .

والإشهاد يكون على البائع إن كان المبيع في يده ، أو على المشتري ، وإن لم يكن قد تسلم المبيع ؛ لأنه مالك ؛ أو عند العقار المبيع لتعلق الحق به . وصورة الإشهاد والطلب : أن يقول الشفيع : إن فلاناً اشترى هذه الدار ، وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة ، وأطلبها الآن ، فاشهدوا على ذلك ، أو نحوه .

ويلاحظ أن الإشهاد على هذا الطلب ليس بشرط لصحته ، كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة ، وإنما هو لتوثيقه عند إنكار الخصم .

وإن كان الشفيع في محل بعيد ، ولم يمكنه طلب التقرير والإشهاد بهذا الوجه ، يوكل آخر ، وإن لم يجد وكيلاً أرسل مكتوباً .

وإذا كان الشفيع قد تقدم بطلب المواثبة أمام شهود ، عند البائع إذا كان المبيع في يده ، أو عند المشتري ، أو عند المبيع نفسه ، كفاه ذلك عن طلب التقرير ، لحصول المقصود ، وهو إظهار كونه مصراً على طلب الشفعة .

حكم الطلب : إذا فعل الشفيع طلب التقرير ، استقرت شفعته أي حقه ، ولم تسقط بعده بالتأخير عند أبي حنيفة وفي رواية عن أبي يوسف ، وهو ظاهر المذهب

---

(١) البدائع : ١٨/٥ ـ ١٩ ، تكملة الفتح : ٤١٩/٧ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٥٨/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٤٣/٥ وما بعدها ، اللباب : ١٠٨/٢ ـ ١٠٩ ، م (١٠٢٠) مجلة .

وعليه الفتوى ؛ لأن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بالإسقاط .

وقال محمد : إن تركها شهراً بعد الإشهاد من غير عذر ، بطلت شفعته ، لئلا يتضرر المشتري بالتأخير . وقد قال بعض الحنفية : والفتوى اليوم على قول محمد ، لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار . وقد أخذت المجلة بهذا الرأي في المادة (١٠٣٤) .

وقال الحنابلة : إذا حدث الإشهاد على الطلب ، فللشفيع مخاصمة المشتري ولو بعد سنين . وحدد المالكية لطلب الشفعة الأول مدة سنة تامة ، فإذا سكت بلا مانع سنة كاملة بعد العقد ، أو سكت بلا مانع مع علمه بهدم أو بناء سقطت شفعته ، لأن سكوته دليل الإعراض عن أخذه بالشفعة .

٣ ـ طلب الخصومة والتملك : وهو أن يقدم الشفيع طلباً للقضاء يطلب فيه الحكم بالشفعة وتسليم المبيع ، بأن يقول : اشترى فلان دار كذا ، وأنا شفيعها بدار كذا لي ، أو أنا شريكه فيها ، فأطلب منه تسليم الدار إلي[١] .

جزاء التأخر في هذه الطلبات :

لو أخر الشفيع طلب المواثبة عن مجلس علمه بالبيع بدون عذر ، كأن اشتغل بأمر آخر ، أو بحث في أمر آخر ، أو قام من المجلس من دون أن يطلب الشفعة ، سقط حقه في الشفعة . فإن وجد عذر مانع من المبادرة بالطلب كوجود حائل مخيف من وحش أو سيل مثلاً ، لا تبطل شفعته حتى يزول المانع[٢] .

ولو أخر الشفيع طلب التقرير والإشهاد ، مدة يمكن إجراؤها فيها ، ولو بإرسال مكتوب ، يسقط حق شفعته (م ١٠٣٣) مجلة .

(١) الدر المختار : ١٥٨/٥ وما بعدها .

(٢) البدائع : ١٨/٥ ، م (١٠٣٢) مجلة .

ولو أخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والإشهاد شهراً ، من دون عذر شرعي ، ككونه في ديار أخرى ، يسقط حق شفعته (م ١٠٣٤) مجلة .

طالب الشفعة للمحجور : للصغير الأخذ بالشفعة عند أكثر الفقهاء . ويطلب الولي حق شفعة الصغير ونحوه من المحجورين ، فاعلاً ما يراه المصلحة للصغير في الأخذ بها ، مثل كون ثمن المبيع رخيصاً أو بثمن المثل ، وللصغير مال لشراء العقار . فإذا أخذ الولي بالشفعة لم يملك الصغير نقضها بعد البلوغ باتفاق المذاهب الأربعة .

وإن لم يطلب الولي حق شفعة الصغير ، فلا تبقى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ ؛ لأن من ملك الأخذ بها ، ملك العفو عنها ، كالمالك .

وقال المالكية والشافعية : ليس للصغير إذا بلغ المطالبة بالشفعة إذا عفا عنها وليه لمصلحة رآها للصغير ، أو لم يكن للصغير ما يأخذها به ، فتسقط الشفعة ؛ لأن الولي فعل ماله فعله ، فلم يجز للصبي نقضه كالرد بالبيع ، ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي . فإن أسقط الولي الشفعة بلا نظر ولا تقدير للمصلحة ، لم تسقط ، ويكون للصغير الحق فيها إذا بلغ .

وقال الحنابلة ، وزفر ومحمد من الحنفية : للصغير إذا بلغ المطالبة بالشفعة ، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف ، وسواء أكان في الأخذ بها أم في تركها مصلحة ، أم لا ؛ لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها ، سواء أكان له فيها الحظ ، أم لم يكن ، فهي حق ثابت للصغير ، لا يملك الولي إبطاله ، فلم يسقط بترك غير الصغير له ، كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها[1]

(١) تكملة الفتح : ٤٣٦/٧ ، ٤٥١ ، تبيين الحقائق : ٢٦٣/٥ ، م (١٠٣٥) مجلة ، الشرح الصغير : ٦٤٥/٣ ، الشرح الكبير : ٤٨٦/٣ ، المغني : ٣١٣/٥ ـ ٣١٤ ، كشاف القناع : ١٦١/٤ وما بعدها .

نظر القاضي في طلب الشفعة وإثبات الدعاوى :

إذا تقدم الشفيع ليأخذ بالشفعة ، وادعى شراء الدار المشفوعة ، سأل القاضي[1] أولاً الشفيع عن موضع الدار وحدودها ، لدعواه فيها حقاً . ثم هل قبض المشتري الدار ؛ إذ لو لم يقبض لم تصح دعواه على المشتري مالم يحضر البائع .

ثم يسأل القاضي عن سبب شفعة الشفيع وحدود ما يشفع به ، إذ قد تكون دعواه بسبب غير صالح ، ثم يسأل عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد . فإذا تحقق ذلك كله صحت الدعوى .

ثم سأل القاضي المدعى عليه عن مالكية الشفيع لما يشفع به ، فإن أقر بملكية الشفيع ما يشفع به ، فبها ، وإن أنكر تلك الملكية ، كلف القاضي الشفيع إقامة البينة على ملكه ؛ لأن ظاهر اليد (أو الحيازة) لا يكفي لإثبات الاستحقاق .

فإن عجز الشفيع عن البينة ، استحلف ـ بطلب الشفيع ـ المشتري ، بالله ما يعلم أن الشفيع مالك لما ذكره ، مما يشفع به .

فإن نكل المشتري عن اليمين ، أو قامت بينة للشفيع ، ثبت ملكه الدار التي يشفع بها ، وثبت له حق الشفعة .

ثم يسأل القاضي المدعى عليه أيضاً : هل اشترى (ابتاع) الدار المشفوعة ، أم لا ؟ فإن أقر فبها ، وإن أنكر الابتياع ، قيل للشفيع : أقم البينة على شرائه ؛ لأن الشفعة لا تثبت إلا بعد ثبوت البيع بالحجة .

فإن عجز عنها ، استحلف المشتري بالله ، ما ابتاع هذه الدار ، أو بالله ، ما يستحق عليَّ في هذه الدار شفعة ، من الوجه الذي ذكره الشفيع .

---

(١) الدر المختار ورد المحتار : ١٥٩/٥ ، تكملة الفتح : ٤٢١/٧ ، اللباب : ١١١/٢ ، تبيين الحقائق : ٢٤٤/٥ وما بعدها .

فإن نكل المشتري عن اليمين، أو أقر بالشراء، أو بَرْهن الشفيع، قضي له بها، إذا لم ينكر المشتري طلب الشفيع الشفعة؛ فإن أنكر، فالقول له (للمشتري) بيمينه[1]. فإن أنكر طلب المواثبة حلف على العلم أي ما يعلم به؛ وإن أنكر طلب التقرير، حلف على البتات أي الجزم بأنه لم يحصل.

ويلاحظ أن الخصم للشفيع: هو المشتري مطلقاً، سواء تسلم المبيع أم لا؛ لأنه مالك، والبائع قبل التسليم لقيام يده (حيازته).

لكن لا تسمع البينة على البائع، حتى يحضر المشتري؛ لأنه المالك، ويفسخ بحضوره. فإن سلم المبيع للمشتري، لا يلزم حضور البائع، لزوال الملك واليد عنه[2].

المبحث السابع ـ ما يطرأ على المشفوع فيه بيد المشتري:

قد يطرأ على المشفوع فيه في يد المشتري قبل القضاء بالشفعة للشفيع بعض التغيرات من عقود وتصرفات ناقلة للملكية كالبيع والهبة، أو مرتبة لحق انتفاع وغيره كالإجارة والإعارة، أو حدوث زيادة كبناء وغرس، أو نقص كهلاك وهدم أو نقض. فما أثر هذه التغيرات الطارئة على حق الشفيع، وهل تسقط شفعته؟

أولاً ـ العقود والتصرفات:

قد تصدر تصرفات من المشتري في الشيء المشترى قبل أن يقضى للشفيع بالشفعة. وتلك التصرفات:

إما ناقلة للملكية كالبيع والهبة مع التسليم والوقف، وجعل المبيع مهراً في زواج.

---

(١) هذا محمول على ماإذا قال الشفيع: علمت أمس بالبيع، وطلبت الشفعة، فيكلف إقامة البينة، فإن عجز قبلت يمين المشتري. أما لو قال الشفيع: طلبت حين علمت، فالقول قوله بيمينه (رد المحتار: ١٥٨/٥، ١٦٠).

(٢) الدر المختار: ١٦٠/٥

وإما مرتبة لحق انتفاع ، أو حبس كالإجارة والإعارة ، والرهن .

وقد اتفقت المذاهب الأربعة[1] على جواز نقض بعض التصرفات الناقلة للملكية وهو البيع ، بعد حكم القاضي بالشفعة لمستحقها ، لتعلق حق الغير في المبيع . كما اتفقوا على جواز نقض الرهن والإجارة والإعارة ، مما لا شفعة فيه ابتداء .

وفي حالة البيع : يخير الشفيع بين أن يأخذ العقار المبيع بالثمن الذي تم به الشراء الأول ، أو الثاني ؛ لأن كل واحد من العقدين سبب تام لثبوت حق الأخذ له بالشفعة كما قال السرخسي ، ولأن حق الشفيع سابق على هذا التصرف ، فلا يبطل به .

واتفق الحنفية والشافعية والمالكية على جواز نقض ما لا شفعة فيه ابتداء ، كالوقف وجعله مسجداً أو مقبرة ، والهبة له ، والوصية به .

وقال الحنابلة : تسقط الشفعة إذا تصرف المشتري بالمبيع قبل طلب الشفعة بهبة أو صدقة ، أو وقف على معين كمسجد كذا ، أو على الفقراء أو المجاهدين ، أو جعله عوضاً عن طلاق أو خلع أو صلح عن دم عمد ونحوه ، مما لا شفعة فيه ابتداء ؛ لأن في الشفعة إضراراً بالموقوف عليه ، والموهوب له ، والمتصدق عليه ونحوه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ؛ لأن الثمن إنما يأخذه المشتري ، والضرر لا يزال بالضرر . ولا يصح عند الحنابلة تصرف المشتري بعد طلب الشفيع الشفعة ، لانتقال الملك إلى الشفيع بالطلب في الأصح . ولو أوصى المشتري بالشقص المشترى (الحصة المبيعة) ، فإن أخذه الشفيع قبل القبول بطلت الوصية ، واستقر الأخذ للشفيع ، لسبق حقه على حق الموصى له ، والوصية قبل القبول بعد الموت جائزة ، لا لازمة .

---

(١) المبسوط : ١٠٨/١٤ وما بعدها ، الدر المختار : ١٦٤/٥ ، الشرح الصغير : ٦٥٢/٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٧ ، الشرح الكبير : ٤٩٣/٣ ، مغني المحتاج : ٣٠٣/٢ وما بعدها ، المهذب : ٣٨٢/١ ، كشاف القناع : ١٦٩/٤ وما بعدها .

ثانياً ـ نماء المشفوع فيه وزيادته :

قد يَحْدث نمو طبيعي في العقار المشفوع فيه ، وقد يُحدث المشتري فيه زيادة بالبناء أو الغرس ، قبل الحكم بالشفعة لصاحبها ، فمن هو الأحق بذلك ، الشفيع أم المشتري ، و إذا كان المستحق هو المشتري ، فهل يعوض عن حقه ، وما هو التعويض ؟

١ ـ النماء الطبيعي :

إذا نما المبيع في يد المشتري ، كأن أثمر الشجر في يده بعد الشراء :

فقال الحنفية[1] : القياس ألا يكون للشفيع ، لأنه نما على ملك المشتري وبعمله . والاستحسان أنه للشفيع ؛ لأن الثمر متصل خلقة بالشجر ، فكان تبعاً له ، ولأنه متولد من المبيع ، فيسري إليه الحق الثابت في الأصل (الشجر) الحادث قبل الأخذ ، كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض ، فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم .

والخلاصة : أنه يأخذه الشفيع ؛ لأنه مبيع تبعاً لأصله .

وقال المالكية[2] : الغلة قبل الشفعة للمشتري ؛ لأن الضمان عليه ، والغلة (أو الخراج) بالضمان .

وقال الشافعية والحنابلة[3] : للنماء حالتان :

أ ـ إذا كان نماء متصلاً ، كالثمرة غير الظاهرة ، والشجر إذا تكاثر ، فهو للشفيع ، يأخذ المبيع مع زيادته ، لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك ، كما يتبعه في حالة الرد بالعيب أو الخيار أو الإقالة .

---

(١) تبيين الحقائق : ٢٥١/٥ ، تكملة الفتح : ٤٣٤/٧ ، الكتاب مع اللباب : ١١٩/٢ ، الدر المختار ورد المحتار : ١٦٤/٥ ـ ١٦٥

(٢) الشرح الصغير : ٦٥٤/٣

(٣) المهذب : ٣٨٢/١ ، المغني : ٣١٩/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٧٤/٤

ب ـ وإذا كان نماء منفصلاً ، كالثمرة الظاهرة ، والطلع المؤبر ، والغلـة والأجرة ، فهي للمشتري لا حق للشفيع فيها عند الحنابلة ، وفي المذهب الجديد للشـافعي ؛ لأنهـا حـدثت في ملـك المشتري ، فلا تتبع المبيع ، فلا يؤخـذ بـه إلا مـا دخل بـالعقـد ، ولا يستحق شيء بغير تراض .

والخلاصة : أن هذين المذهبين يلتقيان مع مقتضى القياس عند الحنفية .

٢ ـ الزيادة المحدثة :

إذا أحدث المشتري زيادة في المبيع ، بالبناء أو الغرس أو الزرع .

أ ـ ففي حالة الزرع الذي له نهاية معلومة : اتفق الفقهاء على أن للشفيع الأخـذ بالشفعة ، ويكون الزرع للمشتري على أن يبقى في الأرض إلى أوان الحصـاد ، وعليـه الأجرة عند الحنفية عن المدة التي تمضي بين القضاء بالشفعة وبين الحصاد[١] .

وقال الشـافعيـة والحنـابلـة : يبقى الزرع بلا أجر على المشتري ، لأنـه زرعـه في ملكه[٢] .

ب ـ وأما في حالة البناء والغرس : فللشفيع الأخذ بالشفعة أيضاً ، لكن الفقهـاء اختلفوا فيما يجب عليه من دفع قيمة البناء والغراس .

فقال الحنفيـة في ظـاهر الروايـة[٣] : إذا بنى المشتري أو غرس فيما اشتراه ، ثم قضي للشفيع بالشفعة ، كان للشفيع الخيار : إن شاء كلف المشتري بالقلع وتخليـة الأرض ممـا أحدث فيها ؛ لأنـه وضعـه في محل تعلق بـه حق متـأكـد للغير من غير إذن ، وتكون الأنقاض للمشتري ، لا للشفيع ، لزوال التبعية بالانفصال .

---

(١) المبسوط : ١١٥/١٤ ، البدائع : ٢٧/٥ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٦٤/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٥٠/٥

(٢) المغني : ٣١٩/٥ ، نهاية المحتاج : ١٥٤/٤ ، مغني المحتاج : ٣٠٤/٢ ، كشاف القناع : ١٧٤/٤

(٣) البدائع : ٢٩/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٥٠/٥ ، المبسوط : ١١٤/١٤ ، الـدر المختـار : ١٦٤/٥ ، اللبـاب : ١١٨/٢ ومـا بعدها .

وإن شاء أخذ الأرض بالثمن الذي دفعه المشتري، على أن يدفع قيمة البناء والغرس مقلوعاً أي مستَحَق القلع أنقاضاً .

وقال الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)[1] ، ورأيهم هو الأعدل : إن اختار المشتري قلع الغراس والبناء ، لم يمنع إذا لم يكن فيه ضرر إذ لا ضرر ولا ضرار؛ لأنه ملكه ، فيملك إزالته ونقله ، ولا يلزمه تسوية الأرض ؛ لأنه غير متعد .

وإن لم يختر المشتري القلع ، فالشفيع بالخيار بين ترك الشفعة ، وبين دفع قيمة البناء والغراس مستَحَق البقاء .

وهذا هو رأي أبي يوسف أيضاً .

والسبب في اختلاف الرأيين كما قال ابن رشد الحفيد الفيلسوف في بداية المجتهد : تردد تصرف المشفوع عليه ، العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب ، وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق ، عندما بنى في الأرض أو غرس . فمن غلب على فعله شَبَه الاستحقاق وهم الجمهور ، قرر أنه لا بد للمشتري من أن يأخذ القيمة . ومن غلب على فعله شَبَه التعدي قال وهم الحنفية : للشفيع أن يعطي قيمة البناء والغراس منقوضاً .

ثالثاً ـ نقص المشفوع فيه :

للفقهاء حول هذا الموضوع رأيان متعارضان : رأي الحنفية وقريب منه مذهب المالكية ، ورأي الشافعية والحنابلة .

---

(١) بداية المجتهد : ٢٦٠/٢ ، نهاية المحتاج ، ومغني المحتاج : المكان السابق ، المغني : ٣١٧/٥ وما بعدها ، كشاف القناع : ١٧٥/٤

قال الحنفية[1] :قد يكون النقص جزءاً من توابع الأرض ، أو متصلاً بالأرض ، أو بعضاً من الأرض نفسها .

أ ـ فإن كان النقص جزءاً من توابع الأرض ، مثل قطف الثمر ، وهلاك الآلات الزراعية أو الصناعية ، ثم حكم بالشفعة للشفيع ، سقط من الثمن قيمة هذه الثمار والآلات ، سواء أكان النقص بفعل المشتري ؛ لأنها مقصودة بالبيع ، وقد أخذها المشتري ، أم كان الهلاك بآفة سماوية ؛ لأنها كانت بعض المعقود عليه ، ودخلت في البيع مقصودة ، فيقابلها حصتها من الثمن .

ب ـ وإن كان النقص جزءاً متصلاً بالأرض ، مثل يبس الشجر أو جفافه ، وانهدام البناء ، واحتراقه ، ونقضه ، ثم قضي للشفيع بالشفعة ، فإن كان ذلك بصنع المشتري أو غيره ، نقص من الثمن قيمة ما زال ، كالحالة الأولى ، فتقوم الأرض بدون شجر وبناء ، وتقوم وفيها البناء والشجر ، ويسقط عن الشفيع مقدار التفاوت أو الفرق بينهما ، لوجود التعدي والإتلاف ، فيقابله شيء من الثمن . وتكون الأنقاض حينئذ للمشتري .

وأما إن حدث ذلك بلا تعد من أحد ، وإنما بآفة سماوية ، كزلزال أو صقيع أو ريح عاتية ، كان على الشفيع دفع الثمن كله ، ولا يسقط منه شيء مقابل الجزء التالف أو الضائع ؛ لأن النقص ليس بجناية أحد ، ولأن الشجر والبناء تابعان للأرض ، حتى إنهما يدخلان في عقد البيع بدون ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن ؛ لأن الأصل أن الثمن يقابل الأصل لا الوصف .

وأما مصير الأنقاض من أحجار وأخشاب : فإن لم يبق منها شيء ، فلا إشكال .

---

(١) المبسوط : ١١٥/١٤ ، تبيين الحقائق : ٢٥١/٥ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ١٦٤/٥ وما بعدها ، تكملة الفتح : ٤٣٤/٧ ، اللباب : ١١٩/٢ ، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي لاستاذنا المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى : ص ٢٣٦ وما بعدها .

وإن بقي منها شيء ، وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض وعدم تبعيته لها ، سقطت حصته من الثمن ، بقيمته يوم الأخذ . وأما الدار فتقوم يوم العقد ، ويوزع الثمن بين الدار والأنقاض بحسب قيمتها على النحو المذكور .

وإن لم يأخذ المشتري الأنقاض ، كأن هلكت بعد انفصالها ، لم يسقط شيء من الثمن ، لعدم حبس الأنقاض من قبله ، ولأنها من التوابع ، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن ، وبالأخذ بالشفعة تحولت الصفقة إلى الشفيع .

جـ ـ وأما إن كان النقص في الأرض نفسها ، لا فيما عليها من شجر أو بناء ، كأن أغرقها السيل ، فأزال بعضها ، كان للشفيع الخيار بين ترك الشفعة ، وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن ؛ لأن حقه ثابت في الكل ، وقد تمكن من أخذ البعض ، فيأخذه بحصته من الثمن ، لهلاك بعض الأصل .

ومذهب المالكية إجمالاً كالحنفية ، فإنهم قالوا[1] : لا يضمن المشتري نقص الشقص (الجزء المشفوع فيه) إذا طرأ عليه بسبب سماوي ، أو بسبب من المشتري لمصلحة ، كأن هدم ليبني أو لأجل توسعة .

فإن كان النقص بسبب من المشتري ، كأن هدم لا لمصلحة ، ضمن .

فإن هدم وبنى ، فللمشتري قيمته يوم البناء على الشفيع قائماً ، لعدم تعديه .

وتحسب للشفيع من الثمن قيمة الأنقاض يوم الشراء ، فيحط عنه من الثمن ، ويغرم ما بقي مع قيمة البناء قائماً .

وقال الشافعية والحنابلة[2] : إن تلف الشقص (الجزء المشفوع فيه) أو بعضه ، في يد المشتري ، فهو من ضمانه ، لأنه ملكه ، تلف في يده .

---

(١) الشرح الصغير : ٦٥٤/٣ ، الشرح الكبير : ٤٩٤/٣

(٢) المغني : ٣٢٠/٥

ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعض المشفوع فيه ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء أكان التلف بفعل الله تعالى ، أم بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه البناء ، أو بغير اختياره كانهدام البناء نفسه .

والأنقاض إن كانت موجودة أخذها الشفيع مع الأرض بحصتها من الثمن ، وإن كانت معدومة أخذ الأرض وما بقي من البناء .

المبحث الثامن ـ مسقطات الشفعة :

تعرف الأسباب التي تؤدي إلى إسقاط حق الشفعة ، عند الكلام على شروط الأخذ بالشفعة ، لذا نوجز في بيان ما تسقط به الشفعة فيما يأتي ، مع ملاحظة أن بعض الحالات متفق عليها ، وبعضها مختلف فيها :

١ ـ بيع الشفيع ما يشفع به من عقار قبل أن يقضى له بالشفعة : إذا باع الشفيع ما يشفع به قبل العلم بالشفعة ، أو بعد العلم بالشفعة ، وقبل الحكم بها ، سقطت شفعته ، باتفاق الفقهاء ما عدا ابن حزم الظاهري ، لزوال السبب الذي يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه . فبطلان هذه الشفعة أمر منطقي بدهي ، لانتفاء الضرر عن الشفيع الذي شرعت الشفعة من أجل دفعه عن الشريك باتفاق الفقهاء ، أو عن الجار عند الحنفية[1] .

٢ ـ تسليم الشفعة أو الرغبة عنها بعد البيع : سواء أكان عالماً بحقه فيها ، أم غير عالم ، صراحة ، أم دلالة وضمناً ؛ لأن الشفعة حق ضعيف يسقط بأوهى الأسباب ،

---

(١) الهداية مع تكملة الفتح : ٤٤٦/٧ ،تبيين الحقائق : ٢٥٨/٥ ، الدر المختار : ١٧٠/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٣/٢ ، المهذب : ٣٨١/١ ، كشاف القناع : ١٦٩/٤ ، المحلى : ١١٦/٩ ، م ١٦٠١ ،الشرح الصغير : ٦٤٢/٣

وذلك في المذاهب الأربعة[1] .

أما تسليم الشفعة صراحة : فمثل أن يقول الشفيع : لا أرغب فيها ، أو لا أريدها ، أو أسقطتها أو أبطلتها ، أو أبرأتك عنها أو عفوت عنها أو سلمتها ، ونحوها على أن يكون تسليمها بعد البيع وقبل الحكم بها ؛ لأنه لا حق له قبل البيع فيسقطه ، ولأنه بعد الحكم لا يملك إسقاطها إلا بعقد ناقل للملكية .

وأما تسليم الشفعة دلالة : فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشتري ، وهو ثبوت الملك له ، مثل ترك طلب المواثبة أو طلب التقرير بعد العلم بالبيع مع القدرة عليه بأن يترك الطلب على الفور من غير عذر ، أو قام عن المجلس الذي علم فيه بالبيع ، أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر ؛ لأن ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للمشتري الدخيل .

ومثل : أن يساوم الشفيع المشتري على شراء ما اشتراه أو إيجاره له ، لأن مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة .

ومثل أن يكون الشفيع وكيلاً عن البائع فيما باعه ؛ لأنه يسعى في نقض ما تم من جهته . أما إذا كان الشفيع وكيل المشتري فيما ابتاع أي اشترى لموكله ، فله الشفعة ، لأنه لا ينتقض شراؤه بالأخذ بها (أي الشفعة) ؛ لأنها مثل الشراء . وهذا التفصيل عند الحنفية ، وبعض الحنابلة وبعض الشافعية .

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح[2] : إذا وكل الشفيع في البيع ، لم تسقط شفعته بالتوكيل ، سواء أكان وكيل البائع أم وكيل المشتري ، لأنه وكيل فلا تسقط

---

(1) المبسوط : ١٥٤/١٤ وما بعدها ، البدائع : ١٩/٥ ـ ٢٠ ، تبيين الحقائق : ٢٥٧/٥ ، الهداية مع التكملة : ٤٤٢/٧ ـ ٤٤٥ ، الدر المختار : ١٦٨/٥ وما بعدها ، الكتاب مع اللباب : ١١٢/٢ ـ ١١٣ ، الشرح الصغير : ٦٤٢/٣ ، ٦٤٥ ، المهذب : ٣٨٠/١ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، المغني : ٣٤٩/٥ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢٥٩/٢ ، القوانين الفقهية : ص ٢٨٦ .

(2) المغني : ٣٥١/٥ .

شفعته كالآخر. أما التهمة فلا تؤثر؛ لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته راضياً بتصرفه مع ذلك، فلا يؤثر، كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه.

وهناك أمران في تسليم الشفعة: وهما تسليم الولي شفعة الصبي، والصلح عن الشفعة:

أ ـ تسليم الشفعة من الولي: أوضحت هذا الموضوع في بحث طلب الشفعة، وأشير إليه هنا بإيجاز يتصل بأمر سقوط الشفعة.

قال الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف)[1]: تسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز، فيسقط حقه فيها حينئذٍ؛ لأن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة، بل عين التجارة؛ لأنه مبادلة المال بالمال، وترك الأخذ بها ترك التجارة، فيملكه الولي، كما يملك ترك التجارة برد بيع شيء للصبي، عندما يقال للأب مثلاً: بعتك هذا المال لابنك الصغير؛ ولأنه أي الأخذ بالشفعة تصرف دائر بين النفع والضرر، وقد تكون المصلحة في ترك الشراء للصبي، رعاية لمصلحته، ليبقى الثمن على ملكه، والولاية: نظر بحسب المصلحة.

وفصل المالكية في الأمر[2]، فقالوا: إن كان ترك الشفعة لمصلحة القاصر، صح إسقاطها من الأب أو الوصي، وإلا فلا يصح، وللقاصر حينئذ طلبها متى بلغ.

وقال زفر ومحمد والحنابلة[3]: ليس للولي إسقاط شفعة الصغير، سواء لمصلحة أو لغير مصلحة، ويظل الصغير على شفعته متى بلغ؛ لأن هذا حق ثابت للصغير، فلا يملك الولي إبطاله، كالتنازل عن ديته، وقَوَده (حقه في القصاص)، ولأنه شرع لدفع الضرر، فكان إبطاله إضراراً به.

---

(١) تبيين الحقائق: ٢٦٣/٥، تكملة الفتح: ٤٥١/٧، م (١٠٣٥) مجلة.

(٢) الشرح الكبير: ٤٨٦/٣، الشرح الصغير: ٦٤٥/٣.

(٣) المغني: ٣١٣/٥، كشاف القناع: ١٦١/٤ وما بعدها.

ويجري هذا الخلاف عند الحنفية في تسليم الوكيل طلب الشفعة عن موكله . فعند أبي حنيفة يصح منه تسليمها في مجلس القاضي ؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي .

وعند أبي يوسف : يصح للوكيل تسليم الشفعة في مجلس القاضي وفي غيره ، لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً .

وعند محمد وزفر : لا يصح من الوكيل تسليم الشفعة أصلاً .

ب ـ الصلح عن الشفعة : قال الحنفية[1] : إن صالح الشفيع عن حقه في الشفعة بأخذ عوض عنه ، سقطت شفعته لتضمن فعله الإعراض عن الشفعة ، وعليه رد العوض الذي أخذه ، لبطلان الصلح وبيع الحق ؛ لأن الشفعة مجرد حق في التملك ، وقد شرعت لدفع الضرر عن الشفيع ، فلا تصح المعاوضه عن هذا الحق ، ويكون الاعتياض عنه رشوة .

والخلاصة : أن الصلح وإن لم يصح ، فإسقاط حق الشفعة صحيح ؛ لأن صحته لا تتوقف على العوض ، بل هو شيء من الحقوق المالية لا تصح المعاوضة عنه ، فصار الشفيع كأنه سلم الشفعة بلا عوض .

٣ ـ ضمان الدَّرَك : تسقط الشفعة عند الحنفية[2] إذا ضمن الشفيع الدرك عن المشتري للبائع أي ضمن له الثمن عند المشتري ؛ لأن هذا دليل على الرضا بالبيع الحادث للمشتري .

كما أن البائع إذا شرط الخيار للشفيع في إمضاء البيع أو عدم إمضائه ، فأمضى المشروط له الخيار (وهو الشفيع) البيع ؛ لأن البيع تم بإمضائه . وهذا في تقديري هو الأحق بالاتباع .

---

(١) البدائع : ٢٠/٥ ، تكملة الفتح : ٤٤٣/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٥٧/٥ ، الكتاب مع اللباب : ١١٣/٢ ، الدر المختار : ١٦٩/٥ .

(٢) تبيين الحقائق : ٢٥٨/٥ ، الهداية مع التكملة : ٤٤٧/٧ ، اللباب : ١١٣/٢ .

وقال الشافعية والحنابلة[1] : لا تسقط الشفعة إن ضمن الشفيع العهدة (المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع أو عيبه) للمشتري ، أو شرط له الخيار ، فاختار إمضاء العقد ، لم تسقط شفعته ؛ لأن المسقط لها هو الرضا بتركها بعد وجوبها بالبيع ، وهذا لم يوجد ، فإنه سبب سَبَق وجوب الشفعة ، فلم تسقط به الشفعة ، كالإذن بالبيع ، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع .

٤ ـ **تجزئة المشفوع فيه :** اتفق الفقهاء[2] على أن الشفعة حق لا يقبل التجزئة ، فإذا تنازل (سلم) الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلاً ، سقط حقه في كل المبيع ؛ لأنه لما سلَّم في النصف بطل حقه فيه بصريح الإسقاط ، وبطل حقه في الباقي ؛ لأنه لا يملك حق تفريق الصفقة على المشتري ، فسقطت شفعته في الكل ، منعاً من إضرار المشتري في تفريق الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، لكن كما قال أبو يوسف ، ورأيه هو الراجح عند الحنفية : لا تسقط الشفعة في حال طلب نصف المشفوع فيه ويظل الحق للشفيع في أخذ الكل أو ترك الكل .

وإذا تعدد الشفعاء ، فليس لبعضهم أن يهب حصته لبعض ، وإن فعل أحدهم أسقط حق شفعته م (١٠٤٢) مجلة[3] .

وإن أسقط أحد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم ، فللشفيع الآخر أن يأخذ تمام العقار المشفوع . وإن أسقطه بعد حكم الحاكم ، فليس للآخر أن يأخذ حقه م (١٠٤٣) .

٥ ـ **وفاة الشفيع :** تسقط الشفعة عند الحنفية[4] بوفاة الشفيع ، سواء بعد

---

(١) المغني : ٣٥١/٥ ، كشاف القناع : ١٨٢/٤ .

(٢) البدائع : ٢١/٥ ، بداية المجتهد : ٢٥٨/٢ ، مغني المحتاج : ٣٠٦/٢ ، المهذب : ٣٨١/١ ، كشاف القناع : ١٦٤/٤ ، المحلى : ١١٨/٩ ، م ١٦٠٤ .

(٣) المهذب ، المكان السابق ، البدائع : ٥/٥ وما بعدها ، الدر المختار : ١٧٣/٥ .

(٤) الدر المختار : ١٧٠/٥ ، تكملة الفتح : ٤٤٦/٧ ، تبيين الحقائق : ٢٥٧/٥ ، اللباب : ١١٣/٢ ، البدائع : ٢٢/٥ ، م (١٠٣٨) مجلة .

الطلب (أي الطلبين المواثبة والتقرير) أو قبله، قبل الأخذ بالقضاء له أو تسليم المشتري إليه؛ لأن حق الشفعة لا يورث كخيار الشرط، إذ الحقوق لا تورث عندهم، ولأنه بالموت يزول ملك الشفيع عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع، والمطلوب تحقق الملك وقت البيع.

ولا تبطل الشفعة بموت المشتري لبقاء المستحق، أي أن المستحق باق، ولم يتغير سبب حقه.

وفصل الظاهرية والحنابلة في الأمر[1]، فقالوا: إن مات الشفيع قبل أن يطلب الشفعة، سقطت شفعته[2]، ولا حق لورثته في الأخذ بالشفعة أصلاً؛ لأن الله تعالى إنما جعل الحق له، لا لغيره، والخيار لا يورث.

وتورث الشفعة إن أشهد الشفيع على مطالبته، ثم مات، وللورثة المطالبة بها؛ لأن الإشهاد على الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه.

وهذا التفصيل يؤدي إلى الاتفاق مع مذهب الحنفية في عدم إرث الشفعة قبل الطلب.

وقال المالكية والشافعية[3]: يورث حق الشفعة، إذا مات الشفيع بعد الطلب قبل الأخذ، فالشفعة موروثة عندهم؛ لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال، فيورث كخيار العيب.

والظاهر مما نقل عن هذين المذهبين في كتب غيرهم أن حق الشفعة يورث، ولو قبل طلبها من الشفيع أيضاً، لإطلاق عباراتهم. لكن الحق أنه لا بد عند الشافعية

---

(١) المحلى: ١١٧/٩، م ١٦٠٣، المغني: ٣٤٦/٥، كشاف القناع: ١٧٦/٤.

(٢) قال الإمام أحمد: الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة، والحد إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار.

(٣) بداية المجتهد: ٢٦٠/٢، القوانين الفقهية: ص ٢٨٧، المهذب: ٣٨٣/١، نهاية المحتاج: ١٥٨/٤.

من الطلب وإلا سقط حق الشفيع نفسه فيكون مذهبهم كالحنابلة[1] .

والخلاصة : أن الشفعة لا تورث عند الحنفية بعد الطلب ، وتورث بعد الطلب في المذاهب الثلاثة وعند الظاهرية .

والخلاف محصور فيما إذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له ، فإذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع ، فالبيع لازم لورثته بالاتفاق .

ومن كلامنا في مسقطات الشفعة يتبين لنا الحقائق التالية[2] :

١ ـ الشفعة حق ضعيف ، يجب أن يتقوى ويتأكد بالطلب .

٢ ـ الشفعة شرعت لدفع الضرر عن صاحبها وهو الشريك باتفاق الفقهاء ، والجار عند الحنفية .

٣ ـ لا يصح أن تكون الشفعة سبباً لضرر المشتري بتفريق الصفقة عليه ، إذا طلب الشفيع أخذ بعض المبيع فقط .

(١) أما المالكية فقد أثبتوا للشفيع حق الأخذ بالشفعة مدة سنة ، فإذا مات قبل الطلب فيورث عنه هذا الحق ، مالم يكن الحاكم قد أسقط شفعته إذا لم يحدد رغبته إما بالأخذ أو بالترك ، بناء على طلب المشتري .

(٢) الأموال ونظرية العقد للمرحوم يوسف موسى : ص ٢٣٨ .

انتهى الجزء الخامس

ويتبعه الجزء السادس ـ الفقه العام

فهرس
الجزء الخامس